

المهمات

في شرح الروضة والرافعي

تصنيف

الشيخ الإمام العلامة

جمال الدين عبد الرحيم الإسنوي

رحمه الله

ت/ ٧٧٢ هـ

اعتنى به

أبو الفضل الدمياطي

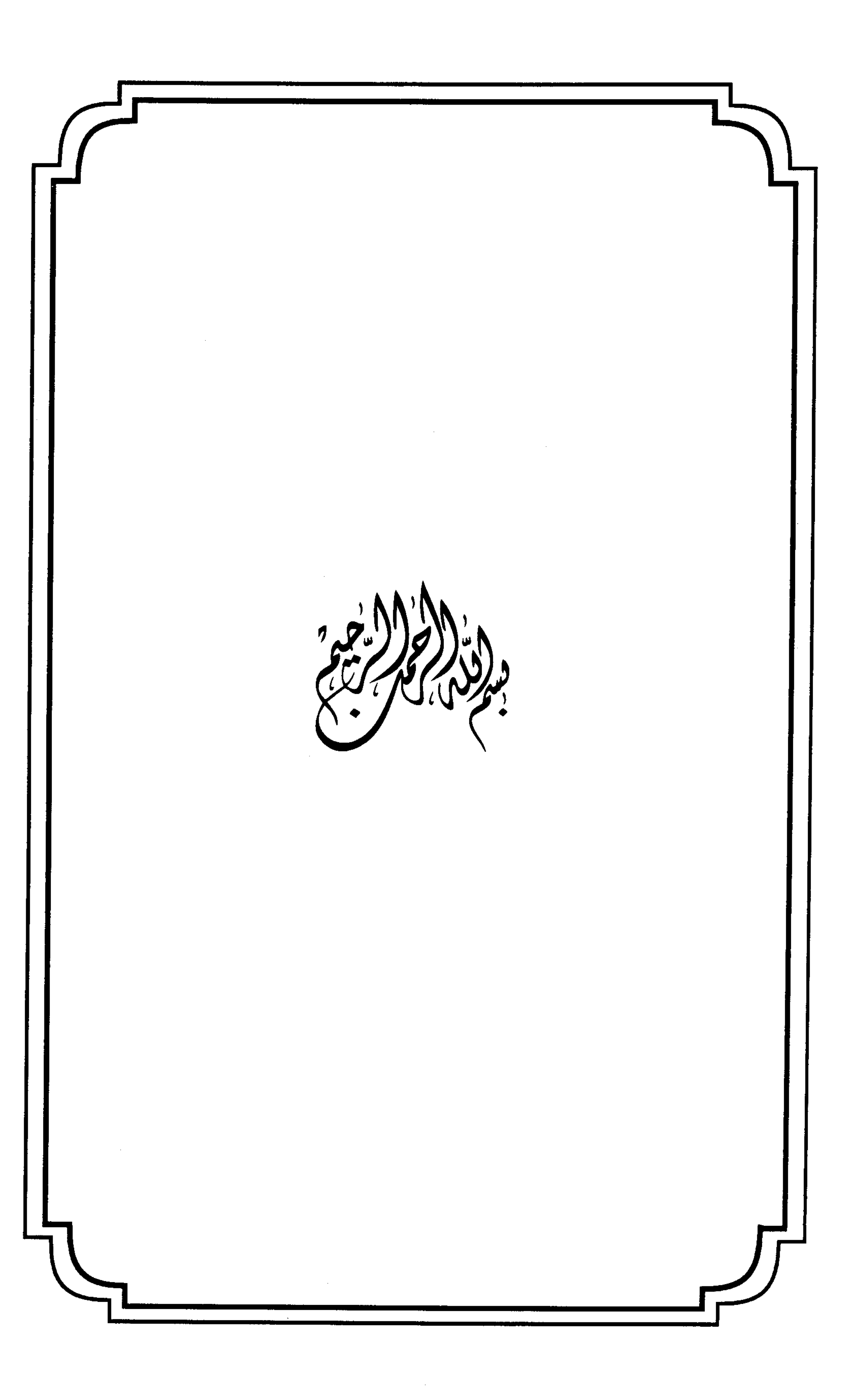
أحمد بن علي

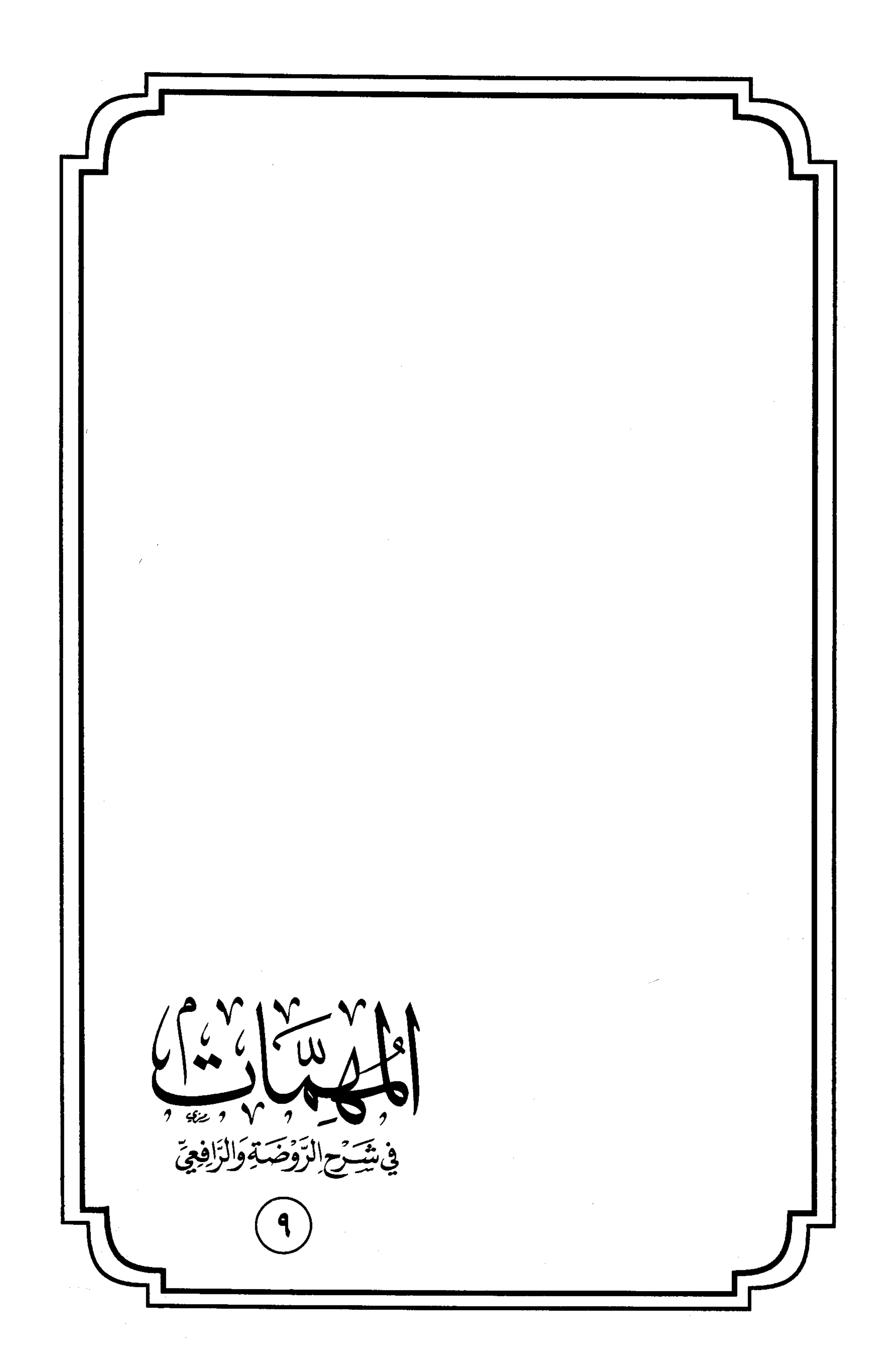
عفا الله عنه

الجزء التاسع

مركز التراث الثقافي المغربي

دار ابن حزم


بسم الله الرحمن الرحيم


المهمات
في شرح الروضة والرافعي
٩

الطبعة الأولى

١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م



ISBN 978-9953-81-740-8

مركز التراث الثقافي المغربي

الدار البيضاء - 52 شارع القسطلاني - الأحباس

هاتف: 442931 - 022/ فاكس: 442935 - 022

المملكة المغربية

دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع

بيروت - لبنان - ص.ب: 14/6366

هاتف وفاكس: 701974 - 300227 (009611)

بريد إلكتروني: ibnhazim@cyberia.net.lb



كتاب الصيد والذبائح

والنظر في طرفين : الأول : فيما يفيد الحل وهي أركان الذبح وما يقوم مقامه وهو العقر .

قوله : وجواز المناكحة وحل الذبيحة يجريان مجرى واحدا لا يفترقان إلا أن الأمة [الكتابية] (١) تحل ذبيحتها ولا تحل مناكحتها . انتهى .

واعلم أن أزواج النبي ﷺ ورضي الله عنهن لا تحل مناكحتهن وتحل ذبيحتهن فلا بد من إخراجهن أيضًا فينبغي أن يقول في الضابط : من لا يحل مناكحته لنقصه .

قوله : وفي المتولد بين الكتابي والمجوسية قولان .

كالقولين في مناكحته ثم قال : وحكى الإمام تفريعًا على إلحاق هذا المتولد بالوثني وجهين فيما إذا بلغ ودان بدين أهل الكتاب .

والأصح المنع . انتهى .

وهذه المسألة قد تقدم الكلام عليها في كتاب النكاح .

قوله : ففي ذبيحة المجنون والصبي الذي لا يميز قولان .

أجاب الشيخ أبو حامد والشيخ أبو إسحاق بالحل ؛ لأن لهم قصدًا وإرادة في الجملة .

وأظهرهما : عند الإمام وصاحب « الكتاب » وجماعة : التحريم لأن قصودهم فاسدة . انتهى ملخصًا .

والصحيح هو الحل كذا صححه الرافعي في « المحرر » وعبّر بالأظهر ،

---

(١) سقط من أ .

وكذلك النووي في « شرح المهذب » و« زوائد الروضة » .

نعم كلام الرافعي هنا يؤخذ منه رجحان التحريم لأن القائلين فيه بالتحريم أكثر عددًا من القائلين بالحِل وكلام « الشرح الصغير » في ذلك أظهر فإنه اقتصر على ذكر المصححين للتحريم ولم ينقل تصحيح الجواز عن أحد .

قوله : وفي اصطياد الأعمى بالرمي أو الكلب وجهان والأشبه أن الخلاف مخصوص بما إذا دَلَّه بصير على صيد وفيه صور صاحب «التهذيب» وقال : إن المذهب المنع وكذلك صور الموفق ابن طاهر لكنه أجاب بالحِل .

وفي « البحر » طريقة قاطعة بالمنع . انتهى مخلصًا .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره الرافعي بحثًا في تخصيص الخلاف قد صرح بنحوه الإمام وقال : عندي أن الوجهين مخصوصان بما إذا أدرك حس الصيد وبنى إرساله عليه ، وتعبيره وتعبير الرافعي قاصران عن المعنى والصواب التعبير بعبارة تعمهما .

الأمر الثاني : أن الصحيح ما قاله البغوي كذا جزم به في « الشامل » وصححه الرافعي في « الشرح الصغير » ، فقال : وأظهرهما المنع ، وقطع به بعضهم ، وكذلك في « المحرر » فقال : إنه أشبه الوجهين .

وصححه أيضًا النووي في « شرح المهذب » و « الروضة » وعلى كلام الروضه هنا انتقادان :

أحدهما : أنه لم يُنبّه على أن التصحيح من « زوائده » بل أدخله في كلام الرافعي .

الثاني : أنه حكى طريقة قاطعة بالحِل أيضًا ، وهذه الطريقة لم يذكرها

الرافعي وكأنه توهم من قول الرافعي أن ابن طاهر أجاب به أنها طريقة قاطعة ، وهو غلط فاحش إذ كل قائل بوجه مجيب به وكثيرًا ما يقول الرافعي في المسألة وجهان :

أحدهما : وبه أجاب فلان . . . إلى آخر ما يقول ، ولا يحكيها النووي إلا وجهين فإن كان ذلك يدل على طريقين فيكون قد أسقط طُرقًا لا حصر لها .

قوله : ويكره ذبح السمك ولكن لو كان كبيرًا يطول بقاؤه فالمستحب ذبحه إراحة له أو تركه حتى يموت حتف أنفه ؟

فيه وجهان منقولان عن «الحاوي» والأول هو جواب الشيخ أبي حامد . انتهى .

والراجح الاستحباب كذا صححه النووي في « شرح المهذب » و«الروضة» ولم يُنَبّه في « الروضة » على أنه من « زوائده » بل أدخله في كلام الرافعي فتفطن له .

قوله : في أصل « الروضة » ولو ابتلع سمكة حية أو قطع فلقة لم يحرم على الأصح لكن يكره . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن الرافعي لم يحك الخلاف في الفلقة في إباحة فعله بل في إباحة أكله ، والمتجه تحريمه ولفظ الرافعي يشعر به فإنه قال : ولا ينبغي أن يقطع فلقة من السمكة وهي حية لما فيه من التعذيب ولو فعل ففي حَلِّها وجهان :

أحدهما :المنع ويحكى عن ابن أبي هريرة كما لو قطع عضوًا من غيرها .

واحتج له بقوله عليه الصلاة والسلام: «**ما أبين من حي فهو ميت**»(١) ، وأصحهما : الحل لأن المبان كالميت وميتة هذا الحيوان حلال. هذا كلامه .

الأمر الثاني : أن الرافعي لم يصرح هذا بالكراهة أصلاً لا في المسألة [الأولى] (٢) ولا في الثانية فاعلمه .

قال النووي من « زوائده » : إن هذا الخلاف طردوه في الجراد ، قال : ولو قلي السمك قبل موته في الزيت المغلي ، قال الشيخ أبو حامد : لا يحل له فعله لأنه تعذيب وهذا تفريع على اختياره في ابتلاع السمكة حية أنه حرام وعلى إباحة ذلك يباح هذا .انتهى كلام النووي ، وهو مشكل ولا يلزم من جواز الابتلاع جواز القلي.

قوله : في أصل « الروضة » : ولو ركب عظم على سهم وجُعل نصلاً فَقُتِل به صيدٌ فلا يحل على المشهور . انتهى .

واعلم أن هذا الخلاف ليس خاصًا بما إذا قتل به صيدًا كما يوهمه كلام «الروضة » والرافعي ، فإن الرافعي نقل الحل عن حكاية الماوردي عن نص الشافعي .

والماوردي قد نقل هذا النص في جواز الذبح بالعظم ثم اختاره على خلاف ما ذهب إليه الجمهور وعلله بأنه ليس من السن ولا من الظفر .

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٥٨) والترمذي (١٤٨٠) وأحمد (٢١٩٥٣) والحاكم (٧١٥٠) والدارقطني (٤ / ٢٩٢) والطبراني في « الكبير » (١٢٧٧) وفي « الأوسط » (٣٠٩٩) وأبو يعلي (١٤٥٠) والبيهقي في « الكبرى » (٧٨) وابن الجعد (٢٩٥٢) وابن الجارود في « المنتقى » (٣٧٦) من حديث أبي واقد ﷺ .
قال الترمذي : حسن غريب .
وقال الحاكم : صحيح .
وقال الألباني : صحيح .

(٢) سقط من أ .

قلت : وبما نقله الماوردي يعلم أن ما قاله في « تصحيح التنبيه » من حكاية [الخلاف في] [١] الذبح بالعظم صحيح فإنه عَبّر : بالأصح ، لا : بالصواب ، وأما ما ذكره في « شرح المهذب » من كونه لا يحل بلا خلاف فذهول عن المنقول .

قوله : ولو تردى بعير في بئر ولم يمكن قطع حلقومه فهو كالبعير النَادّ في جواز رميه وفي إرسال الكلب عليه وجهان :

أحدهما : الجواز كما في الصيد ، والبعير النَادّ ، وهذا ما اختاره البصريون .

والثاني : المنع لأن الحديد يستباح به الذبح مع القدرة وعقر الكلب بخلافه ، هكذا أورد الوجهين القاضي الروياني حكمًا وتوجيهًا ورجح الثاني منهما ، ولك أن تتوقف فيه . انتهى .

قال في « الروضة » من « زوائده » : الأصح تحريمه وصححه أيضًا الشاشي انتهى .

وما اقتضاه كلامه من أن التصحيح للشاشي سهو ، فإن الشاشي نقله عن الماوردي خاصة كذا ذكره في « الحلية » وهو الكتاب الذي ينقل منه النووي .

ثم راجعت كتابه المطول وهو المسمى بـ « المعتمد » فلم أر المسألة فيه بالكلية على أنه لم يظفر بهذا الكتاب ، وظفر به الرافعي ثم راجعت أيضًا مختصره المسمى بـ« العمدة » فلم أرها أيضًا ، وهذا لم يظفر به الرافعي ولا النووي واقتصر في « الشرح الصغير » على نقل ترجيح الروياني .

قوله : ولو رمي إلى صيد فقده قطعتين فكل منهما حلال ولو أبان منه

---

(١) سقط من أ .

عضوًا كيد ورجل بجراحة مدفقة ومات في الحال حلّ العضو وباقي البدن ، فإن لم تكن الجراحة مدفقة فأدركه [صاحبه] (١) وذبحه أو جرحه جرحًا آخر مدفقا ، فالعضو حرام لأنه أُبين من حي وباقي البدن حلال ، وإن مات من تلك الجراحة ولم يتمكن من الذبح حَلّ باقي البدن ، وفي العضو وجهان:

أحدهما : الحِل لأن الجرح السابق كالذبح للجملة .

وأصحهما : التحريم لأنه أُبين من حيّ . انتهى ملخصًا .

وما ذكره هنا من تصحيح التحريم ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضًا، وخالف في « المحرر » فصحح الجواز ، وعبّر بلفظ : الأصح أيضًا، ووقع الموضعان كذلك في « الروضة » و « المنهاج » .

قوله : كما يكتفي بالمشي بلا عدو في السعي إلى الجمعة وإن عرف التحرم بالصلاة بأماراته . انتهى .

ومقتضى ما ذكره أنه لا فرق بين أن تفوت معه الجمعة أم لا ، وقد صرّح به الماوردي في باب الجمعة من كتابه المسمى بـ« الإقناع » وحذف النووي هذه المسألة من « الروضة » .

قوله : لو أرسل كلبًا في عنقه قلادة محددة فجرح بها الصيد حَلّ كما لو أرسل سهمًا قاله في « التهذيب » .

وقد يُفرق بأنه قصد بالسهم الصيد ولم يقصده بالقلادة . انتهى .

وهذا الفرق قد تبعه عليه في « الروضة » أيضًا لكن القاضي الحسين قد ذكر المسألة في « تعليقه » وصورها بما إذا علم الكلب أن يضرب بتلك الحديدة ، قال : لأنه يصير كناب الصيد وإرسال الكلب . انتهى .

---

(١) سقط من أ .

و « التهذيب » مختصر تعليقة شيخه المذكور فهو مراده ، إلا أنه لم يوضحه لكونه مختصراً .

قوله : الثانية : إذا ظهر كون الكلب معلمًا ثم أكل من لحم الصيد حرم في أصح القولين .

ثم قال : قال الإمام : وكنت أود لو فصل مفصل بين أن يَنْكَفّ زمانًا ثم يأكل ، وبين أن يأكل كما أخذ ، فإنّ الزمان إذا تمادى بعد الإنكفاف ولم يتعرضوا له . انتهى .

وهذا الذي ذكره الإمام بحثًا وادعى أنهم لم يتعرضوا له قد ذكره الجرجاني في كتابيه « الشافي » و « التحرير » ، فقال واللفظ « للتحرير » ما نصه : وإن أكل الكلب من الصيد غير متصل بالعقر حَلّ وإن أكله متصلاً بالعقر فعلى قولين : أصحهما : يحل . هذا لفظه .

قوله : وذكر الغزالي أن ما يقتله الفهد والنمر حرام لأنهما لا يتعلمان ، ثم قال : وهذا خلاف ما نَصّ عليه الشافعي والأصحاب فإنهم جعلوهما مما يصطاد من السباع كالكلب . انتهى كلامه .

وما ذكره في النمر من كونه يصلح للصيد حتى يؤكل ما قتله قد خالفه في أول كتاب البيع في الكلام على اشتراط النفع فجزم بأنه لا يصح بيعه لأنه لا يصلح للصيد ، وقد سبق ذكر لفظه هناك فراجعه فإنه غريب وتبعه في « الروضة » على الموضعين .

قوله : قال الإمام : ولو رمى إلى شاته الربيطة ـ أي المربوطة ـ آلة جارحة فأصاب الحلقوم والمريء وفاقًا وقطعهما ففي حِلّ الشاة مع القدرة على إمرار السكين نظر ، ويجوز أن يفرق بين أن يقصد المَذبح بما يرميه وبين أن يقصد

الشاة فيصيب المذبح . انتهى كلامه .

والصحيح في هذه المسألة هو الحل ، فقد قال الرافعي بعد ذلك في أوائل الفصل الثاني المعقود للاشتراك في الجرح : إنه الظاهر .

وقال في « الروضة » هنا من « زوائده » : إنه الأرجح . ولم يعزه للرافعي ولم يصرح به هناك فأشعر كلامه أن لا ترجيح في المسألة للرافعي .

قوله : ولو قصد بالرمي ظبية فأصاب غيرها فوجهان : أصحهما وبه قال أبو حنيفة : إنها تحل لوجود قصد الصيد .

والثاني : المنع ، وبه قال مالك . انتهى .

تابعه في « الروضة » على تصحيح الحِلّ ، وهذا الذي صححاه خلاف ما نص عليه الشافعي فإنه قال في «البويطي» في باب السُّنة في الصيد ما نصه : وإن نوى صيداً بعينه في جماعة صيد فقتل [آخر] (١) فلا يأكل ، وقد قيل : يأكل . هذا لفظه بحروفه ومن «البويطي» نقلته .

قوله : وإن جرحه جرحًا لم يقتله ثم غاب عنه فوجده ميتًا وليس عليه أثر جراحة أخرى ففي الحِلّ قولان :

أصحهما عند البغوي : الحل ؛ لكنْ أصحابنا العراقيون وغيرهم إلى ترجيح التحريم أميل . انتهى .

صحح « النووي » أيضًا في « المنهاج » التحريم ، وقال في « الروضة» من « زوائده » : الحل أصح دليلاً وصححه [أيضًا] (٢) الغزالي في «الإحياء » وثبتت فيه أحاديث صحيحة ولم يثبت في التحريم شيء وعلق الشافعي الحِلّ على صحة الحديث ، والله أعلم .

---

(١) في ب : غيره .
(٢) سقط من أ .

وللمسألة نظائر منهـا : إذا مَشّط المُحْرِم رأسه فانتتف منـها شعر وشك هل انتتف بـالمشط أم كان منتتـفًا ، والأصح في « الروضـة » أنه لا فدية ، ولـم يحيلوه على هذا السبب .

ومنها : إذا قطع ملفوفًا فادعى الولي أنه قتله ، وادعى الضارب أنه كان ميتًا ، والأصح فيهما تصديق الولي إحالة على السبب الظاهر .

ومنهـا : إذا بالت ظبيـة في مـاء ، ثم وجده مـتغـيراً ، فـإنّ المذهب المنصـوص عليه نجـاسته إحـالة له على السبب الـظاهر ، وهو يشكل على «الرافعي» في تصـحيـحه عدم جـواز الأكل في مسألتنـا ، إذ لو أحال على السبب لأباح .

قال : النظر الثاني في بيان ما يملك به الصيد

قوله : ولو توحل الصيد بمزرعته أو عشش الطائر في ملكه وباض وَفرّخ وصار مقدوراً عليه ، لم يملكه في أظهر الوجهين ، ثم قال : وعلى هذا فحكى الإمام عن الأصحاب أن صاحب الدار أولى بتملكه وليس لغيره أن يتخطى ملكه ويأخذه ، فإن فعل فهل يملكه ؟ فيه وجهان قريبان من الوجهين في ما إذا تحجر مواتًا فأحياه غيره ، وهذه الصورة أولى بثبوت الملك ؛ لأن التحجر للإحياء والتملك وبناء الدار لا يقصد به ذلك . انتهى كلامه .

والصحيح في مسألة التحجر أنه تملك على ما قرره في إحياء الموات ، فيكون الأصح هنا أيضًا أن الأخذ له بملكه ، بل أولى على ما ذكره هنا ، وجزم أيضًا في آخر « الإحياء » في الكلام على المياه المختصة : بأن الأخذ تَملّك ، لكن فرضه في الماء خاصة وهو نظير ما نحن فيه .

إذا علمت ذلك فقد ذكر هذه المسائل في آخر الوليمة في الكلام على ما إذا وقع في حجره شيء من النثار ولم يكن بسط ثوبه لذلك ، ورجح فيها أنه لا يملك ، وسَلّم في « الإحياء » أنه يملك وفَرّق بينهما ، وقد ذكرت هناك لفظه فراجعه فإنه موضع غريب وقع أيضًا في « الشرح الصغير » وتابعه عليه النووي في « الروضة » وزاد على ذلك فصرح بتصحيح الملك في أوائل « الإحياء »، فقال : قلت: الأصح أنه يملكه ـ يعني الفرخ ـ قال: وكذا لو توحل طير في ملكه أو وقع الثلج فيه ونحو ذلك . هذا كلامه .

وقد تلخص أن في « الروضة » بخصوصها ثلاثة أجوبة متعارضة ، فإنه

حكم هناك بأن الملك في الطائر وشبهه أولى من المتحجر ، وفي باب الوليمة بأن المتحجر أولى بالملك منها ، وفي باب « الإحياء » جعل الكل سواء ، وقد وقعت هذه المواضع في « الشرح الصغير » على ما هي عليه من هذا الاختلاف ، إلا أنه لم يتعرض [له] [١] في أوائل «الإحياء» فرأيت في «الزيادات » للعبادي أنه إذا أخذ الماء ملكه قال بخلاف ما إذا صار ملحًا لأنه صار ملحًا بالأرض .

ورأيت في الكتاب المسمى « بالرسائل [في فروق الوسائل] [٢]» لأبي الخير سلامة بن إسماعيل ابن جماعة المقدسي قبيل كتاب « الرهن » : أنه إذا استأجر سفينة فدخل فيها سمك ففيه وجهان :

أحدهما : أنه للمستأجر ، لأنه ملك منافعها ويده عليها فكان أحق به.

والثاني : للمالك ، لأن هذه ليست من المنافع التي تقع الإجارة عليها.

قوله : قال الإمام : وهذا الخلاف في ما إذا لم يكن سقى الأرض مما يقصد به توحل الصيود وتعقلها ، فإن كان يقصد فهو كنصب الشبكة . انتهى كلامه .

وهذا الذي نقله عن الإمام وأقره قد نقل عنه في آخر إحياء الموات عكسه ، وأقره عليه أيضًا وقد ذكرت هناك لفظه فراجعه فإنه غريب ، وتبعه في « الروضة » على هذا الاختلاف .

قوله : في أصل « الروضة » : ولو أرسله مالكه لم يزل ملكه عنه على الأصح المنصوص كما لو سيب دابته ، ولا يجوز ذلك لأنه يشبه سوائب الجاهلية ولأنه قد يختلط بالمباح فيصاد ، [وقيل : يزول] [٣]، وقيل : إن

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من ب .
(٣) سقط من ب .

قصد بإرساله التقرب إلى الله تعالى زال وإلا فلا ، وإذا قلنا بالوجه الثالث فأرسله تقربًا إلى الله تعالى فهل يَحِلّ اصطياده لرجوعه إلى الإباحة أم لا كالعبد المعتق ؟ وجهان . انتهى .

وهذا الذي حكاه من كون المنصوص عدم الزوال ، سهو فإن « الرافعي» إنما نقله في الزوال [فقال :] (١) وذكر الروياني في « البحر » أن الشافعي نَصَّ في « المبسوط » على زوال الملك وغَلّطَ من قال غيره إلا أنه شرط في التصوير أن يخليه على قصد إخراجه عن ملكه وإلحاقه بالوحشي . هذا كلام « الرافعي » والأصح من الوجهين : حِلّ اصطياده لئلا يصير في معنى سوائب الجاهلية . كذا ذكره في « شرح المهذب » و « زوائد الروضة » .

قوله : وإذا ألقى كسرة خبز معرضًا فهل يملكها من أخذها ؟ وجهان مرتبان على إرسال الصيد ، وأولى بأن لا يملك بل تبقى على ملك الملقي ، لأن سبب الملك في الصيد هو اليد وقد أزالها ، قال الإمام : هذا الخلاف في زوال الملك ، وما فعله إباحة للطاعم في ظاهر المذهب ، لأن القرائن الظاهرة كافية في الإباحة .

هذا لفظ الإمام ويوضحه ما نقل عن « الصالحين » في التقاط السنابل انتهى كلامه .

رجح النووي في « شرح المهذب » و « زوائد الروضة » أنه يملك في الجميع ، فقال : الأرجح أنه يملك الكسرة والسنابل ونحوها ، ويصح تصرفه فيها بالبيع وغيره ، وهذا ظاهر أحوال السلف .

واعلم أن « الرافعي » قد سبق منه ذكر التقاط السنابل في أثناء الباب

---

(١) سقط من أ .

الثاني في اللقطة وبَيَّنَ ما يحل أخذه منها ، وقد سبق ذكره هناك لأمر يتعلق به يتعين الوقوف عليه .

قوله : ولو أعرض عن جلد ميتة فأخذه غيره ودبغه ، ففي حصول الملك له وجهان بالترتيب ، وهذه الصورة أولى بثبوت الملك لأنه لم يكن ملكًا للأول وإنما كان له نوع اختصاص والاختصاص المجرد يَضعف بالإعراض . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضًا ، والراجح هو الملك كذا صححه النووي في « شرح المهذب » و « الروضة » ، ولم يُنَبِّه فيها على أنه من «زوائده » بل أدخله في كلام « الرافعي » فتفطن له فإنه غريب .

قوله : ولو اختلط حمام برج بحمام برج آخر ، فنقل الإمام وغيره أنه ليس لواحد منهما التصرف في شيء منها ببيع أو هبة لثالث ، لأنه لا يتحقق الملك ولو باع أحدهما أو وهب للآخر صح في أقرب الوجهين ، ويحتمل الجهالة للضرورة .

ولو باع الحمام المختلط أو باعا بعضه لثالث ولا يعلم واحد منهما عين ماله فإن كانت الأعداد معلومة كمائتين ومائة ، والقيمة متساوية ، ووزعا الثمن على أعدادها صح البيع باتفاق الأصحاب ، فإن جهل العدد لم يصح، لأنه لا يعلم كل واحد حصته من الثمن . فالطريق أن يقول كل واحد : بعتك الحمام الذي لي في هذا البرج بكذا ، فيكون الثمن معلومًا ، ويحتمل الجهل في المبيع للضرورة . انتهى كلامه .

تابعه عليه في « الروضة » وفيه أمور :

أحدها : أن الحكم على البعض بأنه كالكل في ذلك ، ذكره الرافعي في آخر المسألة استدراكًا على « الوجيز » ، والتفسير الذي ذكره لا يأتي في البعض سواء كان معينًا بالجزئية كالنصف مثلاً أو الثلث لزيادة

الجهل فإن كان مجهولاً بين اثنين فيصير بين ثلاثة أو بإفراد شيء منه كعشرة مثلاً ؟ لأن كل واحد لا يدري ماله من تلك العشرة فيكون الجهل باقيًا أيضًا .

الأمر الثاني : أن اشتراط تساوي القيمة لا معنى له مع اشتراط توزيع الثمن على أعدادها فتأمله .

الأمر الثالث : أن ما ذكره في آخر كلامه من كون الطريق أن يقول كل منهما إلى آخره ، حاصله أن الصحة متوقفة على قول كل منهما ، وليس المراد أن هذا طريقهما إذا أرادا جميعًا البيع ، حتى إذا أراد أحدهما ذلك صح ، فإنه قد تقدم حكاية وجهين في ما لو فعل ذلك مع الشريك فكيف يستقيم الجزم بالصحة في صدور ذلك مع الأجنبي ؟

وإذا تقرر أن المراد صدوره من كل واحد منهما ، فإذا ابتدأ به أحدهما كانت صحته موقوفة على الآخر ، وهو خلاف القواعد ، وفيه كلام سبق فيما إذا كان لرجلين عبدان لكل منهما عبد فباعاهما بثمن واحد .

ومثله إذا كاتب الشريكان عبدهما .

قوله : وإن اختلطت حمامته بحمامات مباحة محصورة لم يجز الاصطياد ، قال في « الروضة » من « زوائده » : من أهم ما تجب معرفته ضبط العدد المحصور ، فإنه يتكرر في أبواب الفقه وقَلّ من بيّنه .

قال الغزالي في « الإحياء » في كتاب « الحلال والحرام » : تحديد هذا غير ممكن وإنما يضبط بالتقريب ، قال : فكل عدد لو اجتمع في صعيد واحد لعسر على الناظر عدهم بمجرد النظر كالألف ونحوه ، فهو عدد غير محصور وما سهل كالعشرة والعشرين فهو محصور .

وبين الطرفين أوساط متشابهة تلحق بأحد الطرفين بالظن ، وما وقع فيه

الشك استفت فيه القلب . انتهى كلامه .

وما ذكره ـ رحمه الله ـ يقتضي أن هذا الضابط لم يره إلا في كلام «الإحياء» وهو غريب فقد سبق ذكره في كلامه ، وكلام « الرافعي » في كتاب « النكاح » ، في الكلام على الموانع ، ونقله عن الغزالي أيضًا ، ونقل أيضًا عن الإمام نحوه .

قوله : وللمقصود مقدمة نذكرها وهي إذا جنى رجل على عبد أو بهيمة أو صيد مملوك قيمته عشرة دنانير وجراحة أرشها دينار ، ثم جرحه آخر جراحة أرشها دينار أيضًا ، فمات بالجرحين ففي ما يلزم الجارح وجوه :

أحدها : يجب على الأول خمسة دنانير وعلى الثاني أربعة ونصف ، لأن الجرحين سريا وصارا قتلاً ، فلزم كل واحد نصف قيمته يوم جنايته .

والثاني : يلزم كل واحد خمسة .

والثالث : يلزم الأول خمسة ونصف والثاني خمسة ، فإن جناية كل واحد نقصت ديناراً ثم سريا ، والأرش يسقط إذا صارت الجناية نفسًا فيسقط عن كل واحد نصف الأرش لأن الموجود منه نصف القتل .

والرابع : وذهب إليه ابن خيران ، واختاره صاحب « الإفصاح » ، وأطبق العراقيون على ترجيحه أنه يجمع بين القيمتين فتكون تسعة عشر فيقسم عليه ما قوما وهو العشرة ، فيكون على الأول عشرة أجزاء من تسعة عشر جزءاً من العشرة وعلى الثاني تسعة أجزاء من تسعة عشر جزءاً من العشرة .

وتقال بعبارة أخرى : نصف القيمة يوم الجناية الأولى خمسة ، ويوم الجناية الثانية أربعة ونصف ، نجمع بينهما ونقسم العشرة على تسعة ونصف، خمسة منها على الأول وأربعة ونصف على الثاني ولو كانت الجناية ثلاثة ، وأرش كل جناية دينار والقيمة عشرة كما مَرّ ، فعلى الأول ... إلى آخره .

ثم قال ما نصه : وعلى الوجه الثالث يجب على الأول أربعة منها ثلاثة وثلث هي ثلث القيمة يوم جنايته وثلثا دينار ثلث الأرش ، وعلى [الثاني ثلاثة وثلثان . ثلاثة منها ثلث القيمة يوم جنايته وثلثا دينار ثلث الأرش، وعلى] [(١)] الثالث ثلاثة منها ديناران وثلث هي ثلث القيمة يوم جنايته ، وثلثان هما ثلثا الأرش ، فالمبلغ عشرة وثلثان . انتهى كلامه .

وهذا الذي ذكره في التفريع على هذا الوجه غلط ، تبعه عليه في «الروضة » أيضًا ، والصواب : أن المبلغ اللازم أحد عشر لا عشرة وثلثان ، والغلط جاء مما يلزم الثالث ، فإنه قال : إنه يلزمه ثلاثة ، ثم فَصّل فقال : دينار وثلث هي ثلث القيمة ، وثلثان هما ثلث الأرش ، وليس كذلك بل الذي يلزمه ثلاثة وثلث لا ثلاثة فقط ، فإن القيمة يوم جنايته كانت ثمانية فيجب ثلثها وهو درهمان وثلثان مضافان إلى الثلثين اللذين هما ثلث الأرش وهذا واضح .

قوله : ذكر القاضي ابن كج أنه إذا أرسل كلبه فحبس صيداً ، فلما انتهى إليه أفلت ، فهل يملكه من أخذه أم هو ملك للأول بالحبس ؟ وجهان. انتهى .

والأصح كما قاله في « شرح المهذب » و « زوائد الروضة »: أنه يملكه .

---

(١) سقط من أ .



والنظر في أمرين : الأركان والأحكام

النظر الأول : في الأركان

قوله : الضحايا : جمع ضحية ، كهدية وهدايا وهي التي يُضَحَّى بها من النعم ، ويقال لها : أضحية أو ضحية ، والجمع أضاحي وأضاح وأضحاه أيضًا ، والجمع أضحا ، بالتنوين كأرطاة وأرطًا ، ومنها سمي يوم الأضحى، وذكر أن جميع ذلك مأخوذ من وقت التضحية وهو ضحوة النهار . انتهى كلامه .

وحاصل ما حكاه من اللغات أربع والثانية والثالثة منها بهمزة مضمومة إحداهما بياء مشددة ، والأخرى مخففة ، وجمع المشددة بالتشديد أيضًا والمخففة بالتخفيف ، فالأول على وزن أناسى ونجابى ، والثاني على وزن جوار وغواشي ، ويستعمل استعمال المنقوص .

قوله : واحتج الأصحاب على عدم وجوبها بأشياء :

منها : ما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال : « إذا دخل العشر وأراد أحدكم أن يضحي ، فلا يمس من شعره وبشره شيئًا »[1] علق التضحية بالإرادة . انتهى .

وهذا لا دلالة فيه ؛ لأن الأضحية بتقدير وجوبها قد يريد الشخص فعلها وقد لا يريد وذلك على حسب اجتماع الشرائط وعدم اجتماعها ، وهذا كقول الشيخ في « التنبيه » : إذا أراد الصلاة قام إليها بعد فراغ المؤذن

---

(١) أخرجه مسلم (١٩٧٧) من حديث أم سلمة رضي الله عنها .

من الإقامة .

وقوله : إذا أراد المحرم دخول مكة اغتسل مع أن أداء الخمس ودخول المحرم مكة واجبان لابد منهما .

قوله : وفي « البحر » للروياني أنه لو قال : إن اشتريت شاة فلله علي أن أجعلها أضحية ، فهذا نذر مضمون في الذمة ، فإذا اشترى شاة فعليه أن يجعلها أضحية ... إلى آخره .

واعلم أن صورة المسألة أن يقصد الشكر على حصول الملك ، فإن قصد الامتناع فيأتي فيه ما في نذر اللجاج والغضب .

وقد ذكر « الرافعي » في أوائل النذر هذا التفصيل في اعتاق العبد إذا ملكه وهو نظير المسألة .

قوله : ولا يجزئ من الإبل إلا الثني أو الثنية وهو ما استكمل خمس سنين ، والمعنى فيه أن الثنايا تتهيأ للحمل والنزوان . فانتهاؤها إلى هذا الحد كالبلوغ في حق الآدمي ، وحالها قبل ذلك حال الصغير من الإنسان . انتهى كلامه .

وهو صريح في أن التهيؤ للحمل والنزوان لا يحصل إلا باستكمال الخامسة والطعن في السادسة وقد خالف ذلك في الزكاة في أوائل باب صدقة النعم مخالفة عجيبة ، فإنه جزم بأن الاستحقاق الذي هو أبلغ من التهيؤ يحصل قبل ذلك بعامين وهو استكمال الثالثة والطعن في الرابعة ، وقد ذكرت لفظه في موضعه فراجعه .

قوله : ثم قضية ما أورده الأصحاب تصريحًا ودلالة ونسبوه إلى نصه في الجديد أن الجَرَب يمنع الإجزاء ، يسيرًا كان أو كثيرًا ؛ لأنه يفسد اللحم

والودك .

وفي وجه أن الكثير هو الذي يمنع كما في سائر الأمراض ، وهذا ما اختاره الإمام وأورده صاحب الكتاب . انتهى كلامه .

ذكر نحوه في « الشرح الصغير » ، فقال : والظاهر الذي أورده الأصحاب المنع مطلقًا ، ثم خالفهما في « المحرر » فقال : والجَرْبَاء الكثيرة الجَرَب كالمريضة . هذا لفظه ، فشرط في المنع كونه كثيرًا ، وقد استدرك عليه في « المنهاج » فصحح أن القليل مانع أيضًا .

قوله : وروي عن علي ﷺ قال : أمرنا رسول الله ﷺ ، أن نستشرف العين والأذن وأن لا نضحي بمقابلة ولا مدابرة ولا شرقاء ولا خرقاء (١) .

وفي الحديث أيضًا النهي عن المصفرة .

اعلم أن « الرافعي » قد فَسّر معاني هذه الأشياء . وأما اللفظ فالمقابلة والمدابرة بباء موحدة مفتوحة ، والشرقاء بشين معجمة مفتوحة وراء ساكنة بعدها قاف ممدودة ، والخرقاء بالخاء المعجمة .

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٠٤) والترمذي (١٤٩٨) والنسائي (٤٣٧٢) وابن ماجة (٣١٤٣) وأحمد (٨٥١) والدارمي (١٩٥٢) وابن خزيمة (٢٩١٥) وابن حبان (٥٩٢٠) والحاكم (٧٥٣٢) والطيالسي (١٦٠) والطبراني في « الأوسط » (٧٩٧٣) وأبو يعلى (٣٣٣) والبزار (٧٥٣) والبيهقي في « الكبرى » (١٨٨٨٢) من حديث عليّ ﷺ .

قال الترمذي : حسن صحيح .

وقال الحاكم : صحيح .

وقال الألباني : حسن صحيح .

والمقابلة : أن يقطع طرف الأذن .

والمدابرة : أن يقطع من مؤخر الأذن .

والشرقاء : أن يشق الأذن .

والخرقاء : أن تخرق أذنها للسمة .

قوله : ولو جعل جميع البدنة أو البقرة مكان الشاة فهل يكون الجميع واجبًا حتى لا يجوز أكل شيء منه أم الواجب السبع فقط حتى يجوز الأكل من الباقي ؟

فيه وجهان كالوجهين في ماسح جميع رأسه في الوضوء [هل يقع جميعه فرضًا ؟ أم الفرض ما يقع عليه الاسم ؟ انتهى .

قال في الروضة :] (١) قيل الوجهان في المسح في ما إذا مسح دفعة واحدة ، فلو مسح شيئًا فشيئًا فالثاني سنة قطعًا ، وقيل : الوجهان في الحالين . ومثلهما إذا طَوّل الركوع والسجود والقيام زيادة على الواجب [وفائدته في زيادة الثواب في الواجب] (٢) والأرجح في الجميع أن الزيادة تقع تطوعًا . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن « النووي » قد ذكر هذا الخلاف في مواضع من « الروضة» واختلف فيها كلامه اختلافًا عجيبًا وهو من الاختلاف الواقع على ثلاثة أوجه ، وتقدم ذكره واضحًا وذكر نظائره ، وفائدة الخلاف فيه في باب صفة الصلاة في الكلام على ركن القيام .

الأمر الثاني : أن [الأصح من] (٣) هذين الوجهين المذكورين في مسح الرأس هو الوجه الثاني ، وهو أن الخلاف في الحالين ، كذا صححه «النووي» في باب صفة الوضوء من « شرح المهذب » .

قوله : ويدخل وقت التضحية بدخول وقت صلاة العيد يوم النحر ومضي

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

وقت ركعتين وخطبتين بعده . انتهى كلامه .

ومقتضاه أنه لا يشترط ارتفاع الشمس مع هذا المقدار لأن الصحيح عنده عدم اشتراطه في العيد كما جزم به في « المحرر » ولم يخالفه فى غيره .

إذا علمت هذا فقد جزم في « المحرر» أيضًا باشتراط هذا الوقت فقال : ويدخل وقت التضحية إذا ارتفعت الشمس يوم النحر قيد رمح ، ومضى قدر ركعتين وخطبتين خفيفتين ، هذا لفظه .

وخالفه « النووي » فصحح في كتبه أن وقتها يدخل بالطلوع لكنه أقر صاحب « التنبيه » على اشتراط الارتفاع ، وقد تقدم طرف من المسألة في صلاة العيد .

قوله : وعن « الحاوي » وجه أنه كان يعتبر في عهد رسول الله ﷺ صلاته ويعد المعتبر قدر الصلاة . انتهى .

هذا الوجه أسقطه من « الروضة » .

قوله : إحداهما : ذكر الإمام أن من فاته التضحية المتطوع بها فلينتظر وقتها من قابل وحينئذ تقع عن حق الوقت . ولا يصفو هذا عن إشكال . انتهى .

واعلم أن مراد الإمام أنه يقع عن الماضي لا عن الحاضر على خلاف ما يوهمه كلام « الرافعي » فإنه قال : فإن قيل : التضحية عندكم سنة مؤقتة والسنة المؤقتة لكم في قضائها قولان ، فهلا خرجتم قضاء التضحية على هذا الخلاف .

قلنا : إن أراد تدارك الأضحية فلينتظر وقتها في قابل والسنين التي تفوت مواقيتها لو لم يجز القضاء فيها لتحقق الفوات فيها وانقطع المستدرك، ثم إذا فرض قصد التدارك عند دخول وقت التضحية في السنة القابلة ، فهذا

القصد عندي لا معنى له فإن ما يوقعه من التضحية يكون أداء ، ويتصور أن يتقرب الرجل بأضاحي في نوبة واحدة فلا يكاد ينقدح معنى القضاء في ما هذا سبيله ، وإذا كان الرجل يعتاد صوم أيام تطوعًا فترك الصوم فلا يتحقق عندي قضاؤه ، وكذلك لو أفسده بعد التحرم به فإن الذي يأتي به يكون ابتداء تطوع .

والأيام التي رغب الشارع في التطوع بصومها إذا لم يصمها فلا معنى لتقدير قضائها ولو تحرم بالصوم ثم أفسده ، فقد يتخيل إمكان القضاء ، ولست أراه أيضًا والعلم عند الله تعالى .

هذا لفظ الإمام وكأن النووي ـ رحمه الله ـ لما أشكل عليه هذا الكلام حالة اختصاره راجع « النهاية » ، فإنه عَبّر في « الروضة » بقوله : فإن ضحى في السنة الثانية في الوقت وقع عن الوقت لا عن الماضي. هذا لفظه.

قوله : فروع : يجوز إنابة الحائض لحل ذبيحتها ، وعن « الحاوي » أن في كراهة ذبحها الأضحية وجهين ، وأن ذبح الصبي لها مكروه . انتهى.

والأصح عدم الكراهة في الحائض كذا نقله الروياني في « البحر » عن الأصحاب ، قال : إلا أنه خلاف الأولى ، وصححه النووي ، في «شرح المهذب » و « زوائد الروضة » وجزم في « الروضة » بالكراهة في الصبي ، ولم ينقله عن « الحاوي » كما نقله الرافعي ، وخالف في «شرح المهذب فذكر ما حاصله الجزم بعدم الكراهة ذكر ذلك في باب الصيد والذبائح لا في باب الأضحية .

قوله : وهل يجب أن تكون النية مقرونة بالذبح ، أم يجوز تقديمها عليه؟

قضية ما ذكر الإمام تخريجه على وجهين ذكرناهما في جواز تقديم النية على تفرقة الزكاة والأظهر الجواز . انتهى .

واعلم أن شرط ذلك في الزكاة أن تكون النية صدرت بعد تعيين القدر الذي يخرجه ، فإن كانت قبله لم يجز كما أوضحناه هناك نقلاً وتعليلاً فتكون الأضحية كذلك فاستحضره .

قوله في « الروضة » : ولو قال جعلت هذه الشاة أضحية فهل يكفيه التعيين والقصد عن نية الذبح ؟ فيه وجهان :أصحهما عند الأكثرين لا يكفيه؛ لأن التضحية قربة في نفسها فوجبت النية فيها ، واختار الإمام والغزالي : الاكتفاء . انتهى .

وهذا الذي صححه من عدم الاكتفاء قد جزم بخلافه في الفصل المعقود لأحكام الأضحية ، فقال : العاشرة : لو ذبح أجنبي أضحية معينة ابتدأ في وقت التضحية أو هديًا معينًا بعد بلوغ المنسك فالمشهور أنه يقع الموقع ، لأن ذبحها لا يفتقر إلى النية،فإذا فعله غيره أجزأ كإزالة النجاسة .هذا كلامه .

وعبارة الرافعي في « الشرحين » تشعر بالمخالفة أيضًا .

وصحح في « المنهاج » أنه لا يكفي ، واختلف كلامه في « شرح المهذب » فصحح في هذا الباب وفي باب العقيقة عدم الاكتفاء ، وجزم قبل ذلك في أوائل باب الهدي بأنه يكفي في الهدي والأضحية معًا .

قوله : فرع : لو ضحى عن الغير بغير إذنه لم يقع عنه .

قاله في « التهذيب » واستدرك عليه في « الروضة » فقال : إن كانت الشاة معينة بالنذر وقعت عن المضحي وإلا فلا . كذا قاله صاحب « العدة » وغيره وأطلق الشيخ إبراهيم المروروزي أنها تقع عن المضحي ، قال هو وصاحب « العدة » : ولو أشرك غيره في ثواب أضحيته وذبح عن نفسه جاز .

قالا : وعليه يحمل الحديث : « **اللهم تقبل من محمد وآل محمد** »[(١)].

قوله في الكلام على ما إذا قطع من القـفا : قال الإمام : ولو كان فـيه حياة مستقرة عند ابتداء قطع المريء ولكنه إذا قطع المريء وبعض الحلقوم . انتهى إلى حركـة المذبوح لما ناله من قبل سـبب قطع القفا فـهو حلال ، وأقـصى ما وقع التعبـد به أن يكون فيه حيـاة مستقرة عند الابتـداء بقطع المذبح ، ثم قال بعده : الثـانية يجب أن يسرع إلى القطع ولا يتـأنى بحيث يظهر انتهـاء الشاة قبل اسـتتمـام قطع المذبح إلى حركة المـذبوح ، وهذا قد يخالف مـا سبق أن المرعي والمعتبر أن يكون في الحيوان حيـاة مستقرة عند الابتداء بقطع المذبح ، ويشبه أن يكون المقصود ها هنا إذا تبين مـصيره إلى حركة المذبوح وهناك إذا لم يتحقق الحال . انتهى .

استدرك في « الروضة » فقال : هذا الذي قاله الإمام الرافعي خلاف ما سبق تصـريح الإمام به ، بل الجواب : أن هذا مـقصر فـي التأني فلم تحل ذبيحتـه بخلاف الأول فإنه لا تقصير ولـو لم نحلله أدى إلى الحرج . انتهى كلامه .

واعلم أن النووي في « الروضـة » لم ينقل الكلام الثاني عـن الإمام بل جزم به ثم ذكـر هنا أصلاً وزيادة أن هذا الكلام مخالف لما سـبق عن الإمام وهو اختصار عجيب وفيه التباس فاحش .

قوله في « الروضـة » لو أخذ الذابح في قطع الحلقوم والمرىء وأخـذ آخر في نزع حشوته أو نخس خاصرته أو قطع رقـبة الشاة من قفاها لم تحل سواء كـان قطع الحلقـوم والمرىء مـذفـفًـا لو انفـرد أو تعين على التـذفـيف ، لأن التذفيف لم يتمحص منهما .انتهى ملخصًا .

ومقتضاه أنه لا فرق بين أن يكون المقارن لقطـــع الحلقوم والمريء مذففًا أم لا .

---

(١) أخرجه مسلم (١٩٦٧) من حديث عائشة رضي الله عنها .

فأما الأول وهو المذفف فواضح ، وأما الثاني فـتوقف فيه الرافعي ومال إلى أنه يحل ، فـقـال : ولك أن تقـول : إن كـان المقـارن لقطع الحلقـوم والمرىء مذففًا فـيظهر التحريم لأن إضافة الزهوق إلى أحـدهما ليست بأولى من الإضافة إلى الثاني .

فأما إذا لم يكن مذففًا فيـجوز أن يقال كما لا أثر له إذا تقدم على قطع الحلقوم والمرىء لا أثر له عند المقارنة . وبتـقدير أن يؤثر ويمنع الإضافة إلى قطع الحلقوم والمريء مع كـونه مذففـا ، فينبغي أن يقال : إذا جـرح جارح جراحة غيـر مذففة مع حز الرقبة من آخر ، لا يختـص الثاني بالقصاص . هذا كلامه وهو واضح حق لا إشكال فيه .

قوله : وإن لم يكن فيـه حياة مستقـرة لم يحل ، وذكر القاضي ابن كج أن أبا حفص ابن الوكيل ، حكى فيه قولاً آخرًا أنها تحل والمذهب الأول .

وهذا الخلاف في الشاة إذا مرضت فصارت إلى أدنى الرمق فذبحت تحل؛ لأنه لم يوجد سبب يحال عليه الهلاك ، ويحصل قتلاً .

قال : ولو أكلت الشاة نباتًا مضراً فـصارت إلى أدنى الرمق فذبحت ، فقد ذكر ـ شـيخي يعني : القـاضي الحسين ـ فـيه وجهين ثم قطـع فـي كرة بنفي الحلّ ؛ لأنا وجـدنا سـببًا يحـال الهلاك عليـه فصار كـجرح السـبع . انتهى كلَامه .

وحاصل ما ذكـره حكمًا وتعليلاً وتشبيهًـا أن الحيوان يحل بالذبح ، إذا انتهى إلى عدم الحياة المستقرة بسبب المرض ، وتابعه عليه في « الروضة » .

والمسألة مـذكورة في مواضع حصل فـيها اضطراب أوضحـته في أوائل الجنايات في الطرف الرابع المعقود لاجتماع مباشرين .

قوله : ومن الأمـارات على بقاء الحياة المسـتقرة الحركة الشـديدة بعد قطع

الحلقوم والمريء ، وكذلك انفجار الدم وتدفقه ، وذكر الإمام أن منهم من اعتمد على كل واحد منهما وأن الأظهر أن كلاً منهما لا يكفي لأنهما قد يحصلان بعد الانتهاء إلى حركة المذبوح ، لكن قد ينضم إلى أحدهما أو كليهما قرائن أو أمارات أخر تفيد الظن [أو التعيين] (١) فيجب النظر والاجتهاد . انتهى .

والأصح على ما قاله في « شرح المهذب » و « زوائد الروضة » الاكتفاء بالحركة الشديدة .

قوله : ومهما كانت في ملكه بدنة أو شاة فقال : جعلت هذه ضحية ، أو هذه ضحية أو عليَّ أن أضحي بها ، صارت أضحية .

وكذا لو جعلها هديًا ، ثم قال : وشرط بعضهم أن يقول مع ذلك : لله تعالى .

قال في « التهذيب » : والمذهب الأول . وشبه ذلك بتوجيه العتق تنجيزاً على العبد ، قال الإمام : تشبيهه بتعيين الشيء للوقف والحبس أقرب، فإن الأضحية لا تخرج عن المالية وإن تعينت كالعين المحبسة والعبد الذي وجه عليه العتق يخرج عن المالية بالكلية وهذا لا يسلمه الأولون بل صرحوا بزوال الملك عن الهدي . انتهى كلامه .

والذي نقله رحمه الله عن الإمام سهو فإن الأضحية وإن خرجت عن ملكه فماليتها باقية لم تزل لأنها خرجت عن ملكه إلى ملك الفقراء ، وكذلك في الوقف بخلاف العتيق فإنه خرج عن كونه مالاً ، وهذا البحث لم يذكره في « الروضة » وكأن « الرافعي » تحرف عليه المالية بالمالك .

قوله في « أصل الروضة » : فلو قال ابتداءً : عليَّ التضحية بهذه البدنة أو الشاة ، لزمه التضحية قطعًا . انتهى .

---

(١) سقط من ب .

وما ذكره من دعوى القطع ليس كما قاله؛ ولذلك لم يذكره الرافعي لأن هذا التزام لم يعلق على شيء ، وفي صحته قولان مشهوران ثابتان في كتاب النذر .

وأيضًا فلأن بعض الأصحاب يذهب إلى أن النذر لا يصح إلا إذا أضافه لله تعالى وقد حكاه هو في هذا الباب قبل هذا الموضع بقليل .

قوله : من أراد التضحية فدخل عليه عشر ذي الحجة كره أن يحلق شعره وأن يقلم ظفره حتى يضحي .

وقيل : إنما يكرهان بعد العشر ، وتعيين ما يضحى به ، وفي قول : لا يكره القَلْم ، وفي وجه : يحرمان انتهى .

قال في « الروضة » من « زوائده » : قال الشيخ إبراهيم المروزي في «تعليقه» : حكم سائر أجزاء البدن [كالشعر] [1] . والله أعلم .

وهذه الزيادة التي ذكرها لم يوضح ما يستفاد منها فإنه قد سبق ذكر القَلْم ، والشعر يتناول جميع ما على الجسد ولا شك أن ما يزال من أجزاء البدن قد تكون إزالته واجبة كختان البالغ ، وقطع يد السارق والجاني بعد المطالبة ونحوها ، وقد تكون مستحبة كختان الصبي ، وقد تباح كقطع السن الموجعة وكذلك الفصد والحجامة ونحوها بشروط ، فإن الدم من الأجزاء كما صرحوا به في كتاب الطلاق .

فأما الأول فتأخير الواجب لا يجوز ، فضلاً عن كونه مستحبًا .

وأما الثاني فالتضحية من مال الصبي ممتنعة .

وأما الثالث فالأمر بمقاساة الآلام وكراهة التأخير فيه بُعد ، وقد تقدم أن الأضحية سُنَّة على الكفاية في حق أهل البيت .

---

(١) في أ ، ب : كالعشر .

وتقدم أيضًا من « زوائد » النووي عن المروروزي وصاحب « العدة » أنه لو ضحى عن نفسه وأشرك غيره معه في الثواب جاز . وحينئذ فقد يقال : صورته ما إذا كان في البيت صبي أو أشرك الصبي معه . ولقائل أن يمنعه وهو الأوجه ويقول : الأحاديث الواردة بالأمر ، وعبارات الأئمة إنما دلت عليه في حق من أراد التضحية وهذا لم يردها .

نعم أقرب ما تصور به الفصد والحجامة وقطع السلغة ونحو ذلك مما يؤتي به بغير ألم عاجل .

قوله : ولو نذر أن يتصدق بمال بعينه زال ملكه عنه ، بخلاف ما لو نذر إعتاق عبد بعينه فإنه لا يزول ملكه عنه ما لم يعتقه ؛ لأن الملك في الصدقات ينتقل إلى المساكين وفي العبد لا ينتقل إليه بل ينتقل عن الملك بالكلية . انتهى كلامه .

وما ذكره في نذر الصدقة من زوال الملك قد خالفه في أوائل النذر ، وسأذكر لفظه فيه هناك إن شاء الله تعالى .

قال رحمه الله : النظر الثاني في أحكام الأضحية

قوله : كما لا يصح بيع الأضحية لا يصح إجارتها ويجوز إعارتها لأنها إرفاق ، ولو أجرها فركبها المستأجر فتلفت ضمن المؤجر قيمتها والمستأجر الأجرة . ثم هل يكون مصرفها مصرف الضحايا أم الفقراء ، فقط ؟ وجهان في « البحر » انتهى .

فيه أمور :

أحدها : أن تقييد ضمان الأجرة بركوب المستأجر لا يستقيم ؛ لأن الأجرة في الإجارة الفاسدة تستقر بما يستقر به المسمى في الإجارة الصحيحة لو كانت ملكًا له فما ليس ملكه بطريق الأولى .

ولا يشترط لاستقرار المسمى في الإجارة الصحيحة نفس الانتفاع بل مضي الزمان عند المستأجر فكذلك ها هنا .

الثاني : أن القياس في هذه المسألة أن يضمن كلاً من المؤجر والمستأجر القيمة والمنفعة وقرارهما على المستأجر إن علم ، فإن لم يعلم فالقرار في الأجرة عليه وفي العين على المؤجر في الأصح لتغريره ، وسيأتي في آخر الباب الثالث من أبواب الرهن في نظير المسألة ما ذكرناه .

نعم ذكر في الغصب أن المغصوب الموهوب قراره على الموهوب له في الأصح ، وعلله بأنه أخذه للتملك فاعلمه .

الأمر الثالث : أن الأصح من الوجهين في الأجرة أنها تصرف مصرف الضحايا كذا صححه النووي في « شرح المهذب » و « زوائد الروضة » .

الأمر الرابع : أن كلامهما يشعر بأنها لو تلفت في يد المستعير لم يجب ضمانها ، وهو كذلك وسببه أن المعير وإن لم يكن مالكًا إلا أن يده ليست يد ضمان وكذلك من أثبتت يده عليه وهذا بعينه قد ذكره الرافعي وغيره في المستعير من المستأجر ومن الموصي له بالمنفعة .

قوله : فإن فرض إتلاف فينظر إن وجد من أجنبي فعليه القيمة يشتري بها مثل الأولى فإن تعذر فدونه ، فإن لم يجد بالقيمة ما يصلح للأضحية ، ففي « الحاوي » : أنه يلزم الناذر أن يكمل من عنده ، والصحيح عند الجمهور أنه لا شيء عليه لعدم تقصيره . فعلى هذا فوجهان أصحهما على ما ذكره الروياني أنه يلزمه شراؤه والذبح مع الشريك .

والثاني : يجوز إخراج القيمة لأن في شراء الشقص مشقة ، ويحكى هذا عن أبي إسحاق ، وقيل : يشتري به لحمًا ويتصدق به ، ورتب الماوردي هذه الصور ترتيبًا حسنًا ، فقال : إن كان المتلف ثنية ضأن مثلاً ولم يمكن أن يشتري بالقيمة مثلها وأمكن شري جذعة ضأن وثنية معز تعين الأول رعاية للنوع ، وإن أمكن ثنية معز ودون جذعة ضأن فيتعين أيضًا الأول ، لأن الثاني لا يصلح للتضحية .

وإن أمكن دون الجذعة ، وشري سهم في ضحية تعين أيضًا لأن التضحية لا تحصل بواحد منهما ، والأول إراقة دم كامل .

وإن أمكن شري سهم وشرى لحم فالأول أيضًا متعين لأن فيه شركة في إراقة دم .

وإن لم يمكن إلا شرى اللحم وتفرقة الدراهم تعين الأول لأنه مقصود الأضحية . انتهى .

والذي صححه الروياني قد صححه الرافعي في «الشرح الصغير» وعبّر: بالأصح وكذلك النووي في « شرح المهذب » و « الروضة » .

ولم ينبه فيها على أنه من « زوائده » بل أدخله في كلام الرافعي ، فتفطن له فإنه غريب .

وقد جزم الرافعي في كتاب « الوقف » في الكلام على ما إذا أتلف الموقوف بخلافه ، فقال : وهذا الخلاف فيما إذا أتلف الأضحية ، ولم يوجد بقيمتها إلا شقص شاة لأنه لا يضحي بشقص الشاة . انتهى .

والصواب الإجزاء كما هو المذكور هنا تعميمًا وتصريحًا وصَرّح به أيضًا الإمام وغيره .

قوله : فإن قلنا بالوجه الثاني فقد أطلق مطلقون أنه يتصدق بها وعبارة الإمام : أنه يصرفها مصرف الضحايا ، حتى لو أراد أن يتخذ منه خاتمًا يقتنيه ولا يبيعه كان له ذلك ، وهذا أوجه ، ويشبه أن لا يكون فيه خلاف محقق ، بل المراد أن لا يجب شقص ويجوز إخراج الدراهم .

وقد يتساهل في ذكر المصرف في مثل هذا . انتهى .

قال في « الروضة » : هذا الذي حكاه عن الإمام من جواز اتخاذ الخاتم تفريع على جواز الأكل من الأضحية الواجبة .

قوله : وإن وجد إتلاف من المضحي فوجهان ذكرهما الإمام :

أحدهما : أن الواجب عليه قيمة يوم الإتلاف كالأجنبي .

وأصحهما : أنه يلزمه أكبر الأمرين من قيمته ، وتحصيل مثله . انتهى .

وحاصل ما ذكره هنا وفي كلام آخر بعده متصل به أنه يجب أن يشتري بالقيمة من جنس التالف ، ثم إن الرافعي ذكر المسألة أيضًا في أواخر النذر في أثناء كلام أوله : قال : وإذا قال لله عليَّ أن أضحي ببدنة ، وذكر فيها

خلافًا لم يذكره هنا بالكلية ، فقال : وفي طريقة الصيدلاني حمل النص على ما إذا عين بعيرًا ، وقال : لله عليَّ أن أهدي هذا ، ثم أتلفه ، فعليه أن يأتي بمثله ، وذكر الأصحاب وجهين في أنه يتخير بين بدنة مثلها وبين البقر والغنم أو هي على الترتيب . انتهى .

وهذا الخلاف أسقطه من « الروضة » هناك فكأنه توهم أن ذكره سبق منه هاهنا .

قوله في « الروضة » : وإذا ذبح أجنبي الأضحية المعينة وجب عليه الأرش على الأصح المنصوص .

ثم قال : وهل هو للمضحي أو للمساكين ؟ أو يسلك به مسلك الضحايا؟ فيه أوجه أصحها : الثالث .

فعلى هذا يشتري به شاة فإن لم يتيسر عاد الخلاف السابق أنه يشتري به جزء ضحية أو لحم أو يفرق بنفسه . انتهى .

وقد أهمل من الوجوه الأخيرة وجهًا آخرًا ذكره الرافعي ، فقال عقب حكايته كما في « الروضة » : وقيل : هو مُخيّر بين أن يصرفه إلى آخره وبين أن ينتفع به ولا يبيعه .

قوله : ولو ذبح أجنبي الأضحية المعينة وأتلف لحمها فقولان :

الجمهور : أنه يضمن قيمتها عند الذبح .

والثاني : يضمن بالأكثر من قيمتها وقيمة اللحم ، وروى بعضهم بدل الثاني : أنه يغرم أرش الذبح وقيمة اللحم ، ثم قال : ولا اختصاص لهذه الحالات بصورة الضحية ، بل يطرد في كل من ذبح شاة إنسان ثم أتلف اللحم . انتهى كلامه .

تابعه عليه في « الروضة » ، واعلم أن الشاة متقومة واللحم مثلي على

الصحيح ، وقد ذكر في باب الغصب أن من غصب متقومًا ثم صار مثليًا ثم تلف يلزمه قيمة المتقوم وإن كانت أكثر قيمة من قيمة المثلى ، وإن كانت أقل أو استويا لزمه المثل ، وقد ذكرت مسألة الغصب في بابها فراجعها .

قوله : ولو أشار كذاب عبث فقال : جعلت هذه أضحية ، أو نذر أن يضحي بها وجب ذبحها لالتزامه ويثاب عليها ولكن لا تجزئ عن الضحايا المشروعة .

وهل يختص ذبحها بيوم النحر وتجري مجرى الضحايا في المصرف ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا . لأنها ليست أضحية .

وأصحهما : نعم لأنه أوجبها باسم الأضحية ولا محمل لكلامه إلا هذا .

فعلى هذا لو ذبحها قبل يوم النحر تصدق بلحمها ولا يأكل منه شيئًا ، وعليه قيمتها يتصدق بها . انتهى .

وحاصله أنه لما عَبّر بالأضحية وتعذر وقوعها أضحية ، حملنا التعبير بها على إرادة حكمها وهو تعيين الوقت والمصرف للضرورة ، ويكون كالمصرح بها .

إذا علمت هذا فما ذكره من تعيين المصرف مُسَلّم ، وأما الوقت حتى يمتنع التقديم فعجيب ؛ لأنه لو صرح به فقال : لله تعالى عليَّ أن أتصدق بهذا في يوم كذا ، جاز التقديم عليه ، كما سبق إيضاحه في باب الاعتكاف فغير الملفوظ به وهو المقدر للضرورة بطريق الأولى .

قوله : فأما إذا تعيبت المعينة ابتداءً أو عما في الذمة بفعله فعليه ذبح صحيحة وفي انفكاك المعينة عن حكم الالتزام الخلاف الذي سبق . انتهى كلامه .

والأصح من ذلك الخلاف السابق هو الانفكاك وعودها إلى الملك . كذا صرح به قبل هذا بنحو ورقة فقال : إنه الأصح المنسوب إلى النص ، وحينئذ فيكون الأصح هنا العود أيضًا على مقتضى ما قاله الرافعي .

إذا علمت هذا فاعلم أن ما قاله في المعينة عمّا في الذمة صحيح ، وأما المعينة ابتداءً فقد خرج فيها قبل ذلك بعدم العود ، فقال في أول الحكم الثاني في الكلام على التي عينت ابتداءً ما نصه : ولو تعيبت يوم النحر قبل التمكين من الذبح فيذبحها ويتصدق بلحمها وإن تعيبت بعد التمكن يذبحها ويتصدق بلحمها أيضًا ، وعليه ذبح بدلها وتقصيره بالتأخير كالتعيب . هذا كلامه .

ثم ذكر بعده أن المعينة عما في الذمة تعود إلى ملكه بالتعيين على الصحيح كما تقدم نقله عنه ، والذي يظهر أن الموضع الأول وقع سهوًا وقد تابعه في « الروضة » على هذا الاختلاف .

قوله : ولو ذبح الأضحية المنذورة يوم النحر أو الهدي المنذور بعد بلوغ المنسك ولم يفرق اللحم حتى تغير وفسد فعليه قيمة اللحم ويتصدق بها ولا يلزمه شراء شيء آخر لأنه حصلت إراقة . وكذا لو غصب اللحم غاصب وتلف عنده أو أتلفه متلف يأخذ القيمة ويتصدق بها . انتهى كلامه .

تابعه عليه في « الروضة » وهو يحتمل أن يكون مفروضًا في المعين ابتداء ؛ ويحتمل أن يكون في الذبح عما في الذمة ، وعلى كل حال لا يستقيم إخراج القيمة .

أما الأول وهو المعين ابتداء ، فلأن اللحم المذكور ملك للفقراء ، إذ يملكونه بمجرد النذر ، واللحم مثلي على الصحيح كما صححناه في باب الغصب ، فجزمهما هنا بإخراج القيمة مخالف لما صححناه هناك .

وأما الثاني فلأن الحق واجب في الذمة ولا يزال كذلك حتى يملكه

الفقراء وهم لا يملكونه إلا بالقبض ، فكيف يحسن الاكتفاء بالقيمة عن اللحم ، وهي عندنا لا تجزيء وإنما يحسن الاكتفاء بها ، أن لو أتلفه بعد قبضهم إياه ، وقد ذكر المسألة على الصواب في آخر كتاب الحج ، وصحح وجوب الذبح أو إخراج اللحم ، وضعف وجوب القيمة فقال في آخر باب الدماء الواجبة على المحرم : وإذا ذبح المحرم في الحرم فسرق منه لم يجزئه عما في ذمته وعليه إعادة الذبح ، أو شراء اللحم والتصدق به ، وفيه وجه أنه يكفي التصدق بالقيمة . هذا لفظه بحروفه .

زاد في « الروضة» على هذا بتصريح تضعيف الوجه ، فقال : وفيه وجه ضعيف ، فتلخص أن ما ذكراه في هذا الفرع مردود ، وسيجيء بعد هذا كلام آخر متعلق بما نحن فيه فينبغي استحضاره مع المذكور هنا .

قوله : وإن مضى بعض أيام التشريق ثم ضَلّت فهل هو تقصير حتى يضمن ؟ فيه وجهان . انتهى .

والراجح في هذه المسألة على ما ذكره الرافعي فيها وفي نظائرها أنه يضمن فقد قال في أوائل الحكم الثاني : فلو قال : جعلت هذه البدنة أو الشاة أضحية أو نذر أن يضحي ببدنة أو شاة عينها ، فماتت قبل يوم النحر أو سرقت قبل أن يتمكن من الذبح يوم النحر فلا شيء عليه ، وكذا الهدي المعين إذا تلف قبل بلوغ المنسك أو بعده وقبل التمكن من الذبح . انتهى .

فاشتراطه في عدم الضمان أن تكون السرقة أو التلف قبل التمكن دليلاً على أنه يضمن إذا حصل بعده ، وذكر أيضًا في آخر هذا الحكم ما هو أصرح منه فقال : وإذا تمكن من ذبح الهدي بعد بلوغ المنسك ، أو من ذبح الأضحية يوم النحر فلم يذبح حتى تلفت فهو كالإتلاف لتقصيره بتأخير الذبح . انتهى .

وذكر أيضًا في أول النوع الثاني مثله وأبلغ منه فقال : ولو تعيبت يوم

النحر قبل التمكن من الذبح فيذبحها ويتصدق بلحمها ، وإن تعيبت بعد التمكن يذبحها ويتصدق بلحمها أيضًا ، وعليه ذبح بدلها وتقصيره بالتأخير كالتعيب . هذا كلامه .

ووافق النووي في « الروضة » على هذه المواضع فجزم بها كما جزم بها الرافعي ، ثم ذهل عن ذلك كله فرجح من زوائده عقب الوجهين المذكورين في صدر المسألة عدم الوجوب فقال : قلت : الأرجح أنه ليس بتقصير كمن مات في أثناء وقت الصلاة ، والله أعلم .

وصَرّح بتصحيحه أيضًا في « شرح المهذب » .

ومن نظائر المسألة ما إذا حلف ليأكلن الرغيف غدًا فتلف من الغد بعد التمكن من أكله والصحيح فيه الحنث .

ومنها : إذا مات في أثناء يوم العيد قبل إخراج الفطرة وقد ذكرت فيها كلامًا ينبغي الوقوف عليه في كتابنا المسمى « بالهداية إلى أوهام الكفاية » ومنها : تلف الصيد بعد الإحرام وقبل التمكن من الإرسال ، وقد سبق إيضاحه في الحج .

قوله : فإن عين هديًا أو أضحية عما ثبت في ذمته فَضَلّ ما عينه بقي الأصل في ذمته عند الجمهور ، فإن ذبح واحدة عما عليه ثم وجد الضالة فهل يلزمه ذبحها ؟ فيه وجهان ، وقيل : قولان :

أصحهما : على ما ذكر في « التهذيب » أنه لا يلزم .

والثاني : يلزم وهو ما أورده ابن الصباغ . انتهى .

لم يصحح شيئًا في « الروضة » أيضًا ، والذي صححه البغوي هو الصحيح ، كذا صححه الرافعي في « الشرح الصغير » وعبَّر : بالأصح .

قوله في « أصل الروضة » : فلو عين عن الضالة واحدة ثم وجدها قبل

ذبح البدل فأربعة أوجه :

أحدها : يلزمه ذبحهما معًا .

والثاني : يلزمه ذبح البدل فقط .

والثالث : ذبح الأصل فقط .

والرابع : يتخير بينهما . انتهى .

والأصح من هذا الخلاف هو الثالث ، فقد قال الرافعي في « الشرح الصغير » : إنه الأظهر ، والنووي في « شرح المهذب » و « زوائد الروضة»: إنه الأصح ، وفي « الرافعي » إشعار بترجيحه لمن تأمله ، ولكن حذفه من « الروضة » .

قوله : ولو عَيّن من عليه كفارة عبداً عما عليه ففي تعيينه خلاف ، والذي أجاب به الشيخ أبو حامد : أنه يتعين . انتهى .

والمشهور الذي نص عليه الشافعي هو التعيين ومقابله قول مُخَرّج كذا ذكره الرافعي في باب الإيلاء فقال : المنصوص وقول عامة الأصحاب : أنه يتعين . هذا لفظه .

ثم قال : واختار المزني أنه لا يتعين ، وخَرّجه على أصل الشافعي ، واستشهد بأن نظيره من الصوم لا يتعين على المنصوص ، وبه قال الأكثرون .

ولو نذر أن يصرف زكاته إلى أشخاص معينين فالأكثرون ما نقله القاضي: أنه لا يتعين ، فقد صحح في « الروضة » هنا من « زوائده » التعيين في العبد ولم يستحضر ما سبق في الإيلاء .

قوله : فكل هدي وجب ابتداءً من غير التزام كدم التمتع والقران ودماء الجبرانات في الحج لا يجوز الأكل منه .

فلو أكل منها شيئًا غرمه ولا يجب إراقة الدم ثانيًا ، وفيما يغرم ثلاثة أوجه :

أظهرها : ويحكي عن نصه في القديم : أنه يغرم قيمة اللحم ، كما لو أكله أو أتلفه غيره .

والثاني : أنه يلزمه مثل ذلك اللحم ، لأنه لو أتلف الشاة التي عينها لما عليه أو أتلف الهدي لزمه مثله ، فكذلك إذا أتلف بعضه لزمه مثله .

والثالث : عليه أن يشتري شقصًا من حيوان مثله ويشاركه في الذبح لأن ما أكله بطل إراقة الدم فيه ، فصار كما إذا ذبح وأكل الجميع يلزمه دم آخر ثم قال بعد ذلك : وحيث لا يجوز الأكل من الأضحية المنذورة ، فلو أكل ففي ما يغرم الوجوه الثلاثة . انتهى كلامه .

وقد اشتمل على أنه إذا أكل البعض أجنبي لزمه القيمة وإن أكله هو فكذلك على الصحيح ، وإن أكل الجميع لزمه دم آخر وتابعه على ذلك في « الروضة » وفيه أمران :

أحدهما : أن ما جزم به هنا من غرامة القيمة للفقراء ، قد جزم بعكسه في [الباب] [1] الذي يليه المعقود للأكل من الأضحية المتطوع بها ، فإنه قال إذا أكل الجميع ضمن ما يطلق عليه الاسم .

وقيل المقدار المستحب .

وقيل : الكل .

ثم قال ما نصه : ثم ما ضمنه على الخلاف السابق لا يتصدق به ورقًا وهل يلزمه صرفه إلى شقص أضحية أم يكفي صرفه إلى اللحم وتفرقته ؟ وجهان . هذا لفظ النووي في « الروضة » ، ونقله الرافعي عن الروياني

(١) في ب : الفصل .

وأقره .

وهو اختلاف عجيب ، فإن المتطوع بها لم يحب فيها إراقة الدم فإجزاء القيمة فيها أقرب من إجزائها في الواجبة على عكس ما قال .

الأمر الثاني : أن ما ذكره من إيجاب الدم عند أكل الجميع مخالف لكلام ذكره في آخر الحج ، ونقلناه عنه قبيل هذا بقليل فإنه خير هناك بين الدم وبين إخراج اللحم .

إلا أنه فرض المسألة هناك في سرقة اللحم ، وفرضه هنا في أكله ، ولا أثر لاختلاف هذا التصوير ، إلا أن يقال : لَمّا أكله تبينا أن إراقة الدم كان لأجل ذلك فيلزمه إعادته بخلاف السرقة .

قوله : فإن علق التزام الأضحية أو الهدي بشفاء المريض وقدوم الغائب حرم عليه الأكل ، فإن أطلق الالتزام فوجوه، ثم قال : وبالمنع قال أبو إسحاق، وذكر المحاملي أنه المذهب والجواز هو اختيار الإمام والقفال .

وفي « العدة » : إنه المذهب .

ويشبه أن يتوسط فيرجع في المعين الجواز ، وفي المرسل المنع سواء عيّن عينه ثم ذبح المعين أو ذبح بلا تعيين لأنه عن دين في الذمة كجبرانات الحج . وإلى هذا ذهب صاحب « الحاوي » وعليه ينطبق سياق الشيخ أبي عليّ . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره عن الماوردي في الهدي والأضحية ليس كذلك إنما نقله الماوردي في الأضحية خاصة ، وأما الهدي فإنه ذكر فيه الخلاف ، وصحح المنع ولم يتعرض للتفصيل .

الثاني : أن ما رجحه في المعينة من جواز الأكل قد ذكر قبل ذلك في أول الحكم الثاني ما يخالفه ، فقال : وإن تعيبت ـ أي المعينة ـ يوم النحر

قبل التمكن فيذبحها ويتصدق بلحمها .

وذكر أيضًا بعد هذا بدون ورقة نقلاً عن « التهذيب » من غير إنكار عليه ما يوافقه ، وصرح فيه بأنه لا يأكل منها شيئًا ، وذكر أيضًا في آخر الباب في الكلام على ولد الأضحية ، ما حاصله : أنه يجوز الأكل في المعينة عما في الذمة ، فتأمله .

ولهذا قال : ويجوز أن يعلم قول « الوجيز » وولد الأضحية له حكم الأم بالواو لأنه يتناول المعينة ابتداء ، والمعينة عما في الذمة ، وفي الثانية خلاف كما عرفت . هذا لفظه .

قوله : قال العلماء : كان ادخار الأضحية فوق الثلاث منهيا عنه لأجل الدافة وهم جماعة كانوا دخلوا المدينة قد أقحمتهم السنة في البادية ، والمشهور أن النهي أولاً كان نهي تحريم ، وعن صاحب « الإفصاح » أنه يحتمل الإرشاد والاستحباب وذكروا تفريعًا على الأول وجهين في أن ذلك التحريم كان عامًا ثم نسخ ، أو كان مخصوصًا بتلك الحالة الحادثة فلما أنهيت انتهى التحريم .

ووجهين تفريعًا على الثاني في أنه لو حدث مثل ذلك في زماننا وبلادنا هل يحكم بالتحريم ، والظاهر أنه لا يحرم اليوم بحال . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على ذلك كله والصحيح أن النهي كان مخصوصًا بحالة الضيق والصحيح أيضًا : أنه إذا حدث ذلك في زماننا أنه يعود المنع على خلاف ما رجحه الرافعي ، فقد نص الشافعي على ذلك كله فقال في «الرسالة» في آخر باب العلل في الحديث ما نصه : فإذا دفت الدافة [ثبت النهي عن إمساك لحوم الضحايا بعد ثلاث . وإن لم تدف دافة] [1]

(١) سقط من أ .

فالرخصة ثابتة بالأكل والتزود والادخار والصدقة .

قال الشافعي : ويحتمل أن يكون النهي عن إمساك لحوم الضحايا بعد ثلاث منسوخ في كل حال . هذا لفظه بحروفه ومن « الرسالة » نقلته .

واعلم أن الدافة : بالدال المهملة والفاء المشددة ، هي الطائفة القادمة من البادية لما أصابهم من المجاعة مشتقة من الدفيف وهو السير اللين .

وأما أقحمتهم فمعناه : أهلكتهم ، مشتق من القُحمة بضم القاف وإسكان الحاء المهملة وهو الهلاك .

وأما السنة فهو العام المجدب قال تعالى : ﴿ وَلَقَدْ أَخَذْنَا آلَ فِرْعَوْنَ بِالسِّنِينَ﴾ (١) أي أهلكناهم بالأعوام المجدبة .

قوله : وقال الغزالي في « الوجيز » : ويتأدى كمال الشعار بأن يتصدق بالثلث ويأكل الثلث ويدخر الثلث ، ثم قال : ثم التثليث بالكيفية التي أوردها بعيد نقلاً ومعنى .

أما النقل : فإنه لا يكاد يوجد في كتاب متقدم ولا متأخر ولا في «النهاية» ولا في « الوسيط » تصريح بذلك . انتهى كلامه .

وهذا الذي قاله الغزالي منقول في المذهب ثابت ، وإنكار الرافعي عليه هو المنكر المردود فقد صرح القاضي الحسين في « تعليقه » بحكاية ما قاله الغزالي ، قولاً للشافعي وزاد على حكايته فنقله عن الجديد وجعل مقابله قولاً قديمًا ، وشتان بين الكلامين حيث تكون المقالة هي الجديد ويدعي فيها أنها لم توجد لأحد ، وهذا الكتاب أعني « تعليقة » القاضي هي من جملة الأصول الكبار التي فاتت الرافعي فلم يقف عليها ، وقد أنكر النووي في «الروضة » أيضًا هذه المقالة تبعًا للرافعي ، وكذلك في « شرح المهذب » .

---

(١) سورة الأعراف (١٣٠) .

قوله : وإن عينت عما في الذمة فحكم الولد كما ذكرنا في المعينة بالنذر ابتداءً وفي « الشامل » لابن الصباغ وجه آخر : أنه لا يتبعها الولد فتكون ملكًا للمضحي والمهدي لأن ملك الفقراء غير مستقر في هذه ، ألا ترى أنها لو غابت عادت إلى ملكه . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضًا وهو يقتضي أن الحمل في الأضحية ليس بعيب لأنه لا يجوز تعيين المعيب عما في الذمة ، فلو كان الحمل عيبًا لكان مانعًا للإجزاء سواء كان مقارنًا للتعيين أم طارئًا بل تعليله بقوله : أنها لو غابت عادت إلى ملكه صريح في ذلك أيضًا وما دل عليه كلام الرافعي قد نقل ابن الرفعة التصريح به عن « شرح الوسيط » للعجلي وعن « الإفصاح » للصيمري ونقل عن حكايته وجهًا أنه عيب ثم قال ـ أعني ابن الرفعة : إن المشهور خلافه .

وقد رأيت ما قاله ابن الرفعة في كلام العجلي فكأنه لم يظفر بكونه عيبًا إلا في هذا الكتاب ، ولهذا لم ينقله عن غيره وادعى عدم شهرته .

وذلك في غاية العجب فقد صرح بكونه عيبًا في الأضحية خلائق كثيرة منهم صاحب « التتمة » في كتاب الزكاة في الكلام على الخلاف بين الشافعي وداود في أن الحامل هل تجزئ في الزكاة أم لا ؟، ونقله هو عنه في ذلك الموضع وأقره ولم يحك خلافه ولم يتعقبه بإنكار ولا تضعيف ، وجزم به أيضًا هناك شيخ الأصحاب الشيخ أبو حامد ، في « تعليقه » والعمراني في كتاب « البيان » والنووي في « شرح المهذب » نقلاً عن الأصحاب فقال ما نصه : قال القاضي أبو الطيب : قال الأصحاب : إنما قلنا : لا تجزئ الحامل في الأضحية لأن المقصود من الأضحية اللحم ، والحمل يهزلها ، ويقل بسببه لحمها فلا تجزئ والمقصود من الزكاة كثرة القيمة .

هذا لفظه من غير اعتراض عليه .

ورأيته أيضًا في « الذخيرة » للبندنيجي في باب صدقة الغنم في آخر المسألة الثانية منه مجزومًا به وفي « شرح المهذب » المسمى « بالاستقصاء» في كتاب الأضحية نقلاً عن الأصحاب .

وبالجملة فيها وأئمة المذهب قد جزموا به ، وهذه كتبهم شاهدة فمن أحب الوقوف على ذلك فليقف فقد أعلمناه مواضعها ، ولعل السبب في قول ابن الرفعة ذلك أن المسألة مذكورة في غير مظنتها ، وذكر الرافعي أيضًا ما يؤيده في كتاب البيوع في آخر خيار النقص فقال : وأطلق بعضهم أن الحمل الحادث عيب ؛ لأنه في الجارية يؤثر في النشاط والجمال وفي البهيمة ينقص اللحم ويضر بالحمل عليها . هذا لفظه ، وهو كالصريح فيه لأن تنقيص اللحم هو ضابط عيوبها ، وذكر أيضًا قريبًا منه في كتاب الصداق .

قوله : بعد ذكر ولد الأضحية الواجبة والمتطوع بها : ثم إذا ذبح الولد والأم ففي تفرقة لحمها وجوه :

أحدها : أنه يسلك بلحم كل واحد منهما [مسلك الضحايا يتصدق من كل واحد منهما] (١) بشيء لأنهما أضحيتان ، قال الروياني :وهو المذهب .

والثاني : يكفي التصدق من أحدهما لأن الولد بعض منها .

والثالث : أنه لا بد من التصدق من لحم الأم لأنها الأصل .

والوجهان الأخيران يشتركان في تجويز [أكل] (٢) جميع الولد وهو الذي صححه صاحب « الكتاب » . انتهى ملخصًا .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب .

ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضًا وفيه أمور :

أحدها : أن هذا الذي صححه الغزالي من أكل الجميع هو الصحيح فقد جزم به في « المحرر » فقال : فصل : يجوز الأكل من أضحية التطوع ، ثم قال : وولد الأضحية الواجبة سواء كانت معينة في الأصل أو عينت عما في الذمة ، له حكم الأم ، يذبح معها لكن يجوز أكل جميعه هذا لفظه . وتبعه عليه في « المنهاج » .

الأمر الثاني : أن النووي في « الروضة » اختصر كلام الرافعي على غير وجهه ، فإنه نقل عن الغزالي أنه صحح وجوب التصدق بشيء من لحم الأم فالرافعي إنما نقل عنه جواز أكل الولد كما تقدم وهو يصدق مع كل من الوجهين الأخيرين .

الأمر الثالث : أن القول بوجوب ذبح الولد مع جواز أكل جميعه مدركه أن الولد كالجزء فجاز أكله كما يأكل يد الأم ورجلها وحينئذ فيلزم بالضرورة من جواز أكل جميع الولد [جواز الأكل من الواجب بل الأكل من الواجب أولى] (١)، فإن بعض من جوز الأكل من الواجب منع أكل جميع الولد ، وقال : لا بد أن يتصدق بشيء منه ، لكونه كأضحية مستقلة .

وإذا علمت ذلك علمت أن ما قاله في « المحرر » من منع الأكل من الواجب مع جواز أكل الولد كلام غير منتظم وإن كان قد وقع أيضًا في «المنهاج» وفي « الروضة » فإنه صحح من « زوائده » جواز أكل جميعه .

قوله : فإذا ضَحّى بشاة فوجد في بطنها جنينًا فيمكن أن يطرد فيه هذا الخلاف ويمكن أن يقطع بأنه بعضها . انتهى .

قال في « الروضة » : ينبغي أن يبني هذا على الخلاف المعروف في أن

---

(١) سقط من أ .

الحمل له حكم وقسط من الثمن أم لا ؟

فإن قلنا : لا ، فهو بعض كبدها وإلا فالظاهر طرد الخلاف ويحتمل القطع بأنه بعض والأصح على الجملة أنه يجوز أكل جميعه هذا كلامه . وذكر مثله في « شرح المهذب » أيضًا .

قوله : ويجوز ركوب الهدي والأضحية المنذورين وإركابهما بالعارية والحمل عليهما من غير إجحاف فإن نقصا بذلك ضمن . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » وفيه أمران :

أحدهما : أن جواز الركوب والإركاب مشروط بالحاجة إليه ، كذا نص عليه الشافعي فقال : ويركب الهدي إن اضطر إليه ركوبًا غير قادح ويحمل المضطر عليها ، هذا لفظه . حكاه الماوردي فعلى هذا لا يجوز ذلك للقادر على المشي إذا ركب مترفهًا ككثير من الناس .

ولا للقادر على غيرهما بملك أو إجارة وفي الإعارة نظر .

وذكر النووي في باب الهدي من «شرح المهذب» نحو ما ذكره الشافعي، فقال : يشترط أن يحتاج إلى ذلك .

وقال الماوردي : يجوز بلا ضرورة ، هذا كلامه .

الأمر الثاني : أن تقييد الشافعي بغير القادح ، والرافعي بغير إجحاف، قد فسره ابن الرفعة في « الكفاية » : بأن لا يلحق الحيوان بذلك مشقة ، وقد سبق في أوائل الكلام على أحكام الأضحية أمور متعلقة بالمسألة فراجعها .

قوله في « الروضة » : السابعة : لو اشترى شاة فجعلها ضحية ثم وجد بها عيبًا قديمًا،لم يجز ردها لزوال الملك عنها كمن اشترى عبدًا فأعتقه ، ثم علم به عيبًا لكي يرجع على البائع بالأرش .

وفي ما يفعل به وجهان :

أحدهما : يصرف مصرف الأضحية ، فينظر أيمكنه أن يشتري به أضحية أو جزءًا أم لا ؟ ويجوز فيه ما سبق في نظائره ، وفرقوا بينه وبين أرش العيب بعد إعتاق العبد ، بأنه الذي أعتقه .

فإن المقصود من العتق تكميل الأحكام ، والعيب لا يؤثر فيه ، والمقصود من الأضحية اللحم ولحم المعيب ناقص .

والوجه الثاني : أنه للمضحي لا يلزمه صرفه للأضحية ؛ لأن الأرش لسبب سابق للتعيين ، وبالوجه الأول قال الأكثرون .

لكن الثاني أقوى ، ونسبه الإمام إلى المراوزة وقال : لا يصح غيره ، وإليه ذهب ابن الصباغ والغزالي والروياني .

قلت : قد نقل في « الشامل » هذا الثاني عن أصحابنا مطلقًا ولم يحك فيه خلافًا فهو الصحيح ، والله أعلم .

وهذا الذي نقله النووي في « زياداته » من أن صاحب « الشامل » نقل عن الأصحاب أنه للمالك ثم استند إلى ذلك فصححه ، غلط فاحش فإن الذي ذكره صاحب « الشامل » إنما هو الأول فمن أحب الوقوف عليه فليراجع كلامه .

قوله : في « مجموع أبي الحسن ابن المرزبان » : أن من أكل بعض الأضحية وتصدق ببعضها هل يثاب على الكل أو على ما تصدق ؟ .

وجهان كالوجهين في من نوى صوم التطوع ضحوة ، هل يثاب من أول النهار ، أو من وقته ؟ وينبغي أن يقال له : ثواب التضحية بالكل والتصدق بالبعض . انتهى .

قال النووي في « شرح المهذب » و « زوائد الروضة » : إن ما قاله

الرافعي هو الصواب الذي تشهد به الأحاديث والقواعد .

قال : وممن جزم به تصريحًا الشيخ الصالح إبراهيم المروذي ، والوجهان المذكوران حكاهما الدارمي في « الاستذكار » عن حكاية ابن القطان وهو شيخ المرزبان المتقدم .

قوله نقلاً عنه أيضًا : إن في جواز الصرف من الأضحية إلى المكاتب وجهين ، في وجه يجوز كالزكاة . انتهى .

والأصح على ما قاله في « شرح المهذب » و « زوائد الروضة » : هو الجواز .

قوله نقلاً عن « البحر » : ومن ضحى بعدد فليفرق على أيام الذبح ، فإن كان شاتين ذبح شاة في اليوم الأول ، والأخرى في آخر الأيام . انتهى .

قال في « الروضة » : هذا الذي قاله وإن كان أرفق بالمساكين إلا أنه خلاف السنة فقد **نحر النبي ﷺ في يوم واحد مائة بدنة أهداها** [1] .

فالسنة التعجيل والمسارعة إلى الخيرات إلا ما ثبت خلافه .

قوله : وخرج في نقل الأضحية المنذورة وجهان من القولين في نقل الزكاة . انتهى كلامه .

وما ذكره من تخريجها على خلاف الزكاة تابعه عليه في « الروضة » ، وهو يشعر بتصحيح المنع ، ولكن الصحيح هو الجواز فاعلمه فإنهما قد صححا في كتاب قسم الصدقات جواز نقل المنذور ، وهذه الأضحية فرد من أفرادها .

---

(١) تقدم .

قال رحمه الله : الكلام على العقيقة

قوله : العقيقة جزعة ضأن أو ثنية معز كالأضحية .

وفي « الحاوي » : أنه يجزئ ما دونهما . انتهى .

وتعبيره بالجذعة والثنية أعني بالتأنيث ، ذكره الرافعي أيضًا ، وهو تعبير عجيب كالصريح في عدم إجزاء الذكر مع أنه يجزئ بلا نزاع بل أولى على قياس الأضحية .

قوله : والأحب ذبحها في اليوم السابع من الولادة ، ويدخل يوم الولادة في السابع ، وفي وجه : لا يدخل . انتهى .

وما صححه هنا من دخول يوم الولادة في السبعة تابعه عليه في «الروضة» هنا وذكر قبل ذلك في كتاب موجبات الضمان في الكلام على الختان ، وفي غيره من كتبه أيضًا ما يخالفه وقد سبق هناك بيانه .

فإن الفتوى على عدم الدخول .

قوله : فإن أُخِّرت إلى البلوغ سقط حكمها في حق غير المولود ، وهو مُخير في العقيقة عن نفسه ، واستحسن القفال الشاشي أن يقوم بها ، ويروى: أن النبي ﷺ عق عن نفسه بعد النبوة (١).

وعن نصه في «البويطي» : أنه لا يفعل ذلك واستغربوه . انتهى كلامه .

---

(١) أخرجه الطبراني في « الأوسط » (٩٤٤) والبيهقي في « الكبرى » (١٩٠٥٦) وابن عدي في « الكامل » (٤ / ١٣٣) من حديث أنس رضي الله عنه .

قال البيهقي : منكر .

وفيه عبد الله بن محرر ، وهو ضعيف جدًا .

وقال النووي : هذا حديث باطل .

إلا أن الشيخ الألباني صححه بمجموع طرقه فراجعها في « الصحيحة » (٢٧٢٦) .

والنص المذكور في البويطي ليس في عين المسألة فإنه قال : ولا يعق عن كبير . هذا لفظه بحروفه ومنه نقلت ، وسياقه يدل على أن المراد أنه لا يعق عنه غيره ولم ينف عقه عن نفسه .

قوله : وإنما يعق عن المولود من تلزمه نفقته ، ولكن روي أن النبي ﷺ عق عن الحسن والحسين رضي الله عنهما[١] وكأنه مأول . انتهى .

وتأويله كما قال النووي وغيره : على أشياء منها : أن أبويهما كانا عند ذلك معسرين فيكونان في نفقة جدهما رسول الله ﷺ .

والحديث أخرجه ابن حبان والحاكم في صحيحيهما من رواية عائشة[٢] .

قوله : ويستحب أن يعق عن من مات بعد الأيام السبعة وإمكان الذبح ، وقيل : إنها تسقط . انتهى .

تابعه عليه في « الروضة » وهو كالصريح في سقوط العقيقة عن من مات قبل السابع أو بعده .

وقيل : إمكان الذبح لأنه لم يدرك الوقت المطلوب إيقاعها فيه أو لم يتمكن وهذا الذي جزم به ابن الرفعة في « الكفاية » في ذيل كلام نقله عن « البحر » عن الأصحاب .

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٤١) والنسائي (٤٢١٩) والطبراني في « الكبير » (٢٥٦٧) والبيهقي في « الكبرى » (١٩٠٥٠) وأبو نعيم في « الحلية » (٧ / ١١٦) وابن الجارود في « المنتقى » (٩١١) والخطيب في « التاريخ » (١٠/ ١٥١) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما .
وصححه عبد الحق الأشبيلي في « الأحكام الكبرى » والألباني وغيرهما .

(٢) أخرجه ابن حبان (٥٣١١) والحاكم (٧٥٨٨) وأبو يعلي (٤٥٢١) وعبد الرزاق (٧٩٦٣) والبيهقي في « الكبرى » (١٩٠٥٥) وابن عدي في « الكامل » (٦ / ٢٢٦) من حديث عائشة رضي الله عنها .
وفي الباب عن جابر ، وعليّ ، وعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، وأنس رضي الله عنهم أجمعين .

وجزم النووي في آخر باب العقيقة من « شرح المهذب » بالاستحباب .

فقال : فرع : لو مات المولود قبل السابع استحبت العقيقة عندنا .

هذه عبارته مع ذكره في أول الباب ما ذكره الرافعي .

قوله : ويكره لطخ رأس المولود بدم العقيقة . انتهى .

تابعه في « الروضة » على الكراهة، لكن المشهور تحريم التلطيخ بالنجاسة .

ويحرم على الولي أن يفعل به شيئًا من المحرمات على المكلفين ، كسقيه الخمر وإدخال فرجه في فرج محرم ، ونحو ذلك مما لم يستبين لغرض صحيح .

فينبغي أن يكون المذكور هنا جوابًا على طريقة الجواز .

وقد بالغ الماوردي في « الإقناع » فجزم بأنه لا يكره لطخ جبهته ، وحينئذ فلا يكره لطخ رأسه بطريق الأولى .

قوله : في الحديث عن النبي ﷺ أنه قال : « لا فرع ولا عتيرة »[1] فالفرع : أول نتاج البهيمة كانوا يذبحونه ولا يملكونه رجاء البركة في الأم ، والعتيرة ذبيحة كانوا يذبحونها في العشر الأول من رجب ويسمونها الرجبية أيضًا .

وذكر ابن كج وغيره في كراهتها وجهين وحكى أن الشافعي رضي الله عنه قال : إن تيسر في كل شهر كان حسنًا . انتهى .

والراجح من الوجهين على ما قال في « شرح المهذب » و « زوائد الروضة» عدم الكراهة ، والنص المذكور في « سنن حرملة » .

---

(١) أخرجه البخاري (٥١٥٦) ومسلم (١٩٧٦) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

والفرع : بفتح الفاء والراء وبالعين المهملة . والعتيرة : بالعين المهملة المفتوحة والتاء المثناة من فوق ، والحديث في « صحيح البخاري » .

قوله من « زوائده » : يستحب إزالة شعر العانة بحلق أو نتف أو قص أو نورة أو غيرها ، والحلق أفضل ، ويستحب إزالة شعر الإبط بأحد هذه الأمور والنتف أفضل . انتهى .

وما أطلقه من استحباب الحلق في العانة ليس كذلك بل هو خاص بالرجل ، أما المرأة فالمستحب لها نتف عانتها .

كذا ذكره في « تهذيب الأسماء واللغات » في الكلام على لفظ العانة ، ولم أره في غيره من كتبه فتفطن له .

قوله أيضًا في « الزوائد » : التاسعة : ذكر الرافعي في اللحية عشر خصال مكروهة : خضابها بالسواد إلا للجهاد ، وتبييضها بالكبريت أو غيره استعجالاً للشيخوخة ، ونتفها أول طلوعها إيثارًا للمردة وحسن الصورة ونتف الشنب ، وتصفيفها طاقة فوق طاقة تحسينًا والزيادة فيها والنقص منها كالزيادة في شعر العذارين من الصدغين وأخذ العذار في حلق الرأس ، ونتف جانبي العنفقة وغير ذلك ، وتركها شعثة إظهارًا لقلة المبالاة بنفسه ، والنظر في بياضها أو سوادها إعجابًا بها وافتخارًا ، ولا بأس بترك سباليه وهما طرفا الشارب . انتهى كلامه .

فأما كراهة الخضاب بالسواد فهو وجه ، والصحيح كما ذكره قبل هذا تحريمه .

وأما كراهة نتفها ونتف الشيب فذكر أيضًا مثله في باب السواك من «شرح المهذب » و « التحقيق » وغيرهما ، ثم قال : ولو قيل : يحرم نتف الشيب ، لم يبعد لما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله

ﷺ قال : **لا تنتفوا الشيب فإنه نور المسلم يوم القيامة** [١] .

قال الترمذي : حديث حسن .

وما ذكره من الكراهة مردود بنص الشافعي فإنه قد ذكر في « الأم » أنه حرام ، فقد نقله عنه أيضًا ابن الرفعة ، وإزالة الرجل لشعر لحيته قريب من إزالة المرأة لشعر حواجبها وأطراف وجهها .

وقد اختلف كلام النووي في تحريمه بعد جزمه بالاستحباب في لحيتها وعنفقها وشاربها ، فجزم في باب السواك في « التحقيق » بأنه لا يحرم بل يكره ، وجزم في « شرح مسلم » بالتحريم واستدل بقوله ﷺ : « **لعن الله الواشمات والمستوشمات والمتنمصات** » [٢] رواه مسلم .

قال : والنامصة : هي التي تزيل الشعر عن الوجه لأنه يقال للمنقاش : مِنماص بكسر الميم ، والمتنمصة هي التي تطلب ذلك ، وهي بالتاء بنقطتين من فوق ثم بالنون وبالصاد المهملة ، ورواه بعضهم بتقديم النون .

وذكر في باب طهارة البدن من «شرح المهذب » نحوه أيضًا ، فإنه قال : وأما إزالة الشعر عن وجهها ففي الصحيحين : **لعن الله فاعله** [٣] . انتهى .

وهذا اللفظ عنده وعند غيره من العلماء مرادف للتحريم ، بل دليل على أن الفعل كبيرة .

واعلم أن الاستدلال بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فيه

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٢٠٢) والترمذي (٢٨٢١) والنسائي (٥٠٦٨) وابن ماجة (٣٧٢١) وأحمد (٦٩٢٤) وسعيد بن منصور (٢٤١٨) وابن أبي شيبة (٥ / ٢٦٦) والبيهقي في «الشعب » (٦٣٨٦) وفي « الكبرى » (١٤٦٠٤) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما .
قال الترمذي : هذا حديث حسن .
وقال الألباني : صحيح .

(٢) أخرجه البخاري (٥٥٨٧) ومسلم (٢١٢٥) من حديث ابن مسعود رضي الله عنه .

(٣) تقدم .

خلاف بين المحدثين مشهور .

ونقل ابن معن في باب صفة الوضوء عن الشافعي : أنه لا يحتج به، فقال : ولا أحتج برواية عمرو بن شعيب حتى يتبين عن أي جديه روي فإن كان محمدا بن عبد الله بن عمرو بن العاص لم يقبل لأن محمد ليس من الصحابة ، وإن كان مراده عبد الله والد محمد ، قبلت لأنه صحابي .

وصحح النووي تبعًا لجماهير المحدثين أن محمدًا ولد عبد الله له صحبة فيحتج بحديثه ، وقد علمت أنه خلاف ما تقدم عن الشافعي .



كتاب الأطعمة

وفيه فصلان :

الأول في حالة الاختيار

اعلم أن هذا الباب قد وقع فيه ألفاظ منها :

الببر : هو بباءين موحدتين الأولى مفتوحة والثانية ساكنة ، وهو حيوان معروف يعادي الأسد يقال له : الفُرانْق بضم الفاء وسكون النون ، وقد ضبطه أيضًا في « الروضة » بذلك .

ومنها ابن آوى : هو بالمد ووزنه : أفعل ، ولذلك لا ينصرف كما قاله الجوهري .

ومنها : ابن مُقْرِض : بضم الميم وكسر الراء وبالضاد المعجمة ويجوز كسر الميم مع فتح الراء .

ومنها : الوبر : بإسكان الباء الموحدة .

والدلدل : بدالين مهملتين مضمومتين .

ومنها : الفنك : بفاء ونون مفتوحتين بعدهما كاف .

ومنها : الغداق : بغين معجمة مضمومة ودال مهملة .

ومنها : الزاغ : بزاي وغين معجمتين .

ومنها : اللقلق : بقافين .

ومنها : الورشان : وسيأتي ضبطه . .

[ومنها : الصعوة : بصاد مفتوحة وعين ساكنة مهملتين] (١).

---

(١) سقط من أ .

ومنها : النغر : بنون مضمومة وغين معجمة مفتوحة .

ومنها : الحمرة : بحاء مهملة مضمومة وميم مشددة مفتوحة .

ومنها : العندليب : بالنون الساكنة وبالباء الموحدة في آخره .

ومنها : الببغاء : بثلاث باءات موحدات أولاهن وثالثهن مفتوحات والثانية ساكنة وبالغين المعجمة ، وهي المسماة بالدُرة بدال مهملة مضمومة .

ومنها الشقرّاق : بكسر القاف وتشديد الراء وبفتح الشين المعجمة وكسرها وفي آخره قاف أخرى .

ومنها : الضوع : بضاد معجمة مضمومة وواو مفتوحة وعين مهملة .

ومنها : النهاس : بالنون والسين المهملة والمعجمة أيضًا والنهس أخذ اللحم بمقدم الأسنان .

قوله : ويحل الأرنب واليربوع خلافًا لأبي حنيفة .

لنا أن الأرنب أهدي للنبي ﷺ وأكل منه .

وأما [اليربوع] (١) فإن العرب تستطيبه ونابه ضعيف ، والوجهان يجريان في ابن مقرض وهو الدلَق . وفي ابن آوى أيضًا .

وفي تعليق الشيخ أبي حامد : أن الأشبه بالمذهب حِلّه .

لكن الذي رجحه أبو علي الطبري والبغوي والروياني : المنع ، لأن رائحته كريهة ، والعرب تستخبثه ، وهذا ما حكى الإمام عن المراوزة القطع به . انتهى كلامه .

فقول الرافعي ـ رحمه الله: والوجهان يجريان في ابن مقرض . . . إلى آخره ، كلام مظلم لا يهتدي به إلى شيء؛ لأنه لم يتقدم هنا ذكر وجهين

---

(١) في أ : ابن مقرض .

بالكلية ولزم من عدم تقدمهما عدم العلم بالحكم في ابن مقرض لأنه أحاله عليه ، وقد انكشف الغطاء عن ذلك وانجلت الظلمة بحمد الله تعالى وتبين أن نسخ هذا الكتاب كلها قد حصل فيها سقط علم من « الشرح الصغير »، فإنه قال : ويحل الأرنب واليربوع لأنه عليه الصلاة والسلام أمر بأكل الأرنب وحكمت الصحابة في اليربوع بحضرة النبى وذلك يدل على حله .

وقال أبو حنيفة : هما حرامان ، ولنا في اليربوع وجه مثله .

وابن عرس فيه وجهان :

وجه التحريم وبه قال أبو حنيفة وأحمد ؛ أنه ذو ناب .

والأظهر : الحل لأن العرب تستطيبه ونابه ضعيف ، ويجري الوجهان في ابن مقرض وهو الدَّلق ، وفي ابن آوى .

لكن الأظهر في ابن آوى التحريم ، هذا كلام « الشرح الصغير » فسقط هذا المتوسط كله من الرافعي الكبير وتلخص منه : أنه حصل في نسخ الرافعي غلط من ثلاثة أوجه :

أحدها : حذف الخلاف في اليربوع .

والثاني : إسقاط مسألة وهي حكم ابن عرس،والصحيح فيه الحل كما هو مشهور في المختصرات « كالتنبيه » و «الحاوي» وغيرهما،وذكره أيضًا الغزالي في «الوجيز» وذكره لها مع عدم وجودها في نسخ الرافعي يوضح السقوط .

والثالث : الجهل بحكم ابن مقرض ، والصحيح على ما يقتضيه كلام الرافعي حِلّه ، فإن الرافعي قال : إنه على الوجهين ، وقد ثبت أن ذينك الوجهين هما الوجهان في ابن عرس ، والصحيح فيهما الحِلّ .

وقد اختصر النووي كلام الرافعي باجتهاده فأخطأ ، فقال : فرع ، يحل الضب والضبع والثعلب والأرنب واليربوع ، ويحرم ابن آوى وابن مقرض

على الأصح عند الأكـثرين وبه قطع المراوزة . هذا لفظه [وقـد حصل فـيه غلط من وجوه ثلاثة :

أولها وثانيها همـا الأول والثاني في الرافعي] [١] ، والثـالث : عكس الحكم في ابن مقرض فـإن الصحيح فيه على ما تقـدم بيانه هو الحِلّ ، وقد وقعت المسـألتان في « الحاوي الصـغير » عـلى الصواب فأباح ابن مـقرض وحرم ابن آوى .

قوله : ومنها غراب الزرع ، وهو أسود صـغير يقال له : الزاغ ، وقد يكون محمر المنقار والرجلين ، وفيه وجهان أصحهما : الحِلّ ، لأنه يستطاب .

ثم قال : ومنهـا غراب آخر صـغير أسـود أو رمادي اللون وقـد يقال له : الغداف الصغير، وفيه وجهان كالوجهين في النوع الذي قبله . انتهى كلامه .

وعَبّر في « الشرح الصغير » بقوله : فيه الوجهان ، وحاصل ما يقتضيه كلام الرافعي ترجـيح الحل في الغداف أيضًا وإن كان يحـتمل أن يقال : لا يؤخذ منه ترجيح لشيء .

وصحح النووي فـي « أصل الروضة » تحريمه ، وهو غلـط لما ذكرناه ، ثم إنه لما وقع له ذلك في « الروضة » عداه منها إلى « تصحيح التنبيه » على عادته في النقل فيه عنها .

قوله : ومنه النمل والنحل وهما حرامان لورود النهي عن قتلهما . انتهى .

تابعـه في « الروضـة » على إطلاق تحـريم قـتل النمـل وهذا في النمل الكبير ؛ أمـا النمل الصغير فـفي « شرح المهذب » المسمى « بالاستـقصاء » نقلاً عن « الإفصاح » للصيمري : أنه لا يحرم قتله لأنه مُؤْذ ، وأقره عليه، قال : وقد سئل ابن عباس عن قتل المحرم لها ، فقال : تلك ضالة لا شيء فيها [٢].

---

(١) سقط من أ .

(٢) أخرجه الشافعي (٦٥٠) بسند صحيح .

وذكر البغوي أيضًا في «شرح السنة» جواز قتلها .

قوله : ويحرم الخفاش قطعًا وقد يجري فيه الخلاف . انتهى كلامه .

وتعبيره بقوله : وقد ، هو بقاف مفتوحة بعدها دال وكذا عبر به في «الروضة » .

إذا علمت ذلك فما ذكره الرافعي والنووي من احتمال مجيء خلاف يقتضي أنهما لم يظفرا بالتصريح به ، وهو غريب فقد جزما في كتاب محرمات الإحرام بوجوب الجزاء فيه ، وأن ذلك الواجب هو القيمة بعد تصريحهما بأن ما لا يؤكل لا يجب ضمانه وقد تقدم التنبيه عليه هناك .

قوله : وفي الفلق وجهان : أحدهما وإليه ميل الشيخ أبي محمد : أنه حلال كالكركي ، وجعله صاحب « الكتاب » الأظهر ، وفي « التهذيب » : إن الأصح التحريم ، وهو الذي أورده أبو عاصم العبادي واحتج له بأنه يأكل الخبائث ، وبأنه يصف وقد روي أنه ﷺ قال : « كل ما رَفّ ، ودع ما صَفّ » (١) .

يقال : رف الطائر في طيرانه ، إذا حرك جناحيه كأنه يضرب بهما .

وصف : إذا لم يتحرك كما تفعل الجوارح . انتهى .

والأصح هو التحريم كذا صححه النووي في « شرح المهذب » و«الروضة» ولم ينبه فيه على أنه من « زوائده » بل أدخله في كلام الرافعي فتفطن له .

قوله : وأدرج في هذا القسم الورشان والقطاء واليعاقيب . انتهى .

أما الورشان : فبواو مفتوحة وشين معجمة وبالنون هو القمري الذكر ويسمى أيضًا :

---

(١) لم أهتد إليه .

ساق حر : بالسين المهملة والقاف والحاء المهملة المضمومة والراء المشددة ويجمع الورشان علي الوارشين ويجمع أيضًا على وِرشان ، بكسر الواو على غير قياس .

وهو مثل كِروان بكسر الكاف جمع كروان الطائر المعروف .

وأما اليعاقيب : فجمع يعقوب بالياء المثناة من تحت والعين المهملة وبالباء الموحدة في آخره ، وهو اسم لذكر الحجل كما قاله الجوهري ، قال: وهو مصروف ، فإن كان في أوله زيادة لأنه ليس فيه علة أخرى بخلاف يعقوب إذا كان علمًا ، وعبر في « الروضة » عن الورشان بالحجل ، وهو تعبير غير مطابق كما تقدم عن الجوهري .

قوله في « الروضة » : ويحل الكركي .

اعلم أن النووي لم يحك فيه خلافًا ، والرافعي نقل عن العبادي أنه جعل الكركي من طيور الماء ، ونقل أيضًا عن الصيمري : أن الأبيض من طيور الماء لا يحل أكله لخبث لحمه .

والكركي من الطيور [البيض] (١) فلزم تحريمه على وجه لم يذكره في « الروضة » .

قوله : والشقراق : قال في «التهذيب» : حلال ، وقال الصيمري : حرام. انتهى .

قد قال بالتحريم أيضًا العجلي شارح «الوسيط» .

قوله : وما ليس على صورة السموك المشهورة يحل في الأصح ، ثم قال : وقد ينبني الخلاف على أن اسم السمك والحوت هل يقع على جميعها لاشتراكها في الطعم أو لا يقع ؟ قال في « التهذيب » : والأصح الوقوع . انتهى كلامه .

---

(١) سقط من أ .

ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضًا وقد جزم في « المحرر » بأنه لا يقع على خلاف ما صححه البغوي ، فإنه قَسّم حيوان البحر إلى السمك وغيره ، وتابعه عليه النووي في « المنهاج » ثم إنه صحح في « أصل الروضة » ما صححه البغوي فوقع في صريح الاختلاف .

قوله : وقد ذكرنا في غسل الدهن وجهًا في الطهارة فعلى هذا إذا غسل حل أكله . انتهى .

وتعبيره بقوله : في الطهارة ، أي طهارته ولم يرد كتاب الطهارة فإن الوجه لم يتقدم فيها بل في كتاب البيع وتوهم النووي أن المراد هو الكتاب المعقود للطهارة فصرح به في « أصل الروضة » وليس كذلك . نعم ذكره هو من زوائده ، في باب إزالة النجاسة وهو من أبواب الطهارة، إلا أنه لاينفع في دفع الاعتراض لأنه من جملة كلام الرافعي لا من «زوائده » .

قوله:وهل النهي عن أكل الجلالة نهي تحريم أو نهي كراهة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نهي تحريم ، ويحكي ذلك عن أبي إسحاق المروزي ، وبه قال القفال ، ورجحه الإمام وصاحب « التهذيب » والمصنف .

والثاني : نهي تنزيه ، وهذا ما أورده أكثرهم . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الشرح الصغير » ، وخالف في « المحرر » فصحح التحريم وعبر بالأظهر واستدرك عليه النووي فصحح الجواز .

قوله في « أصل الروضة » : والجلالة هي التي تأكل القذرة ، ثم قيل : إن كان أكثر علفها النجاسة فهي جلالة ، وإن كان الطاهر أكثر فلا ، والصحيح: أنه لا اعتبار بالكثرة بل بالرائحة والنتن فإن وجد في عرفها وغيره ريح النجاسة فجلالة وإلا فلا . انتهى .

ذكر مثله في « شرح المهذب » أيضًا وخالف في « تحرير التنبيه » فجزم بالأول .

قوله من « زوائده » : وإذا عجن دقيقًا بماء نجس وخَبَزَه فهو نجس يحرم أكله ويجوز أن يطعمه لشاة وبعير ونحوهما نص عليه الشافعي . انتهى .

وهذا الكلام يوهم تعذر تطهير الخبز وامتناع أكله ، وليس كذلك بل يطهر بنقعه في الماء حتى يصل إلى أجزائه كما صرح به في « شرح المهذب» وصرح في « الروضة » بمثله في الآجُرّ والعجين . ولا شك أن الخبز أولى بذلك منهما لأن وصول الماء إليه أسهل وأسرع .

قوله : واحتج الشيخ أبو محمد بأنه لو لم يَحلّ الجنين بذكاة الأم لما جازت ذكاة الأم مع ظهور الحمل ، كما لا تقتل الحامل قصاصًا فألزم عليه ذبح رمكة في بطنها بغلة فمنع ذبحها . انتهى .

وما نقله عن الشيخ أبي محمد في المنع من الرمكة مسألة حسنة وقد أسقطها النووي من « الروضة » .

والرمكة : هي الأنثى من البراذين والجمع رماك ، ورمكان ، وأرماك . كذا قاله الجوهري ، ثم ذكر في باب النون : أن البرذون بالذال المعجمة هي الدابة والأنثى برذونة .

قوله : وإن خرج رأسه وفيه حياة مستقرة قال في « التهذيب » : لا يحل بذبح الأم ؛ لأنه مقدور على ذبحه ، ونقل مثله عن القاضي الحسين .

وعن القفال : أنه يحل ، لأن خروج بعض الولد كعدم الخروج بدليل العدة . انتهى .

والأصح على ما ذكره النووي في «شرح المهذب» و «زوائد الروضة » : أنه يحل ، وهذه المسألة ونظائرها قد اضطرب فيها كلام الرافعي والنووي

وقد تقدم إيضاحه مبسوطًا في كتاب الفرائض فراجعه .

قوله : وفي كراهة كسب الحمامي والحائك وجهان .

قال في « الروضة »: الأصح لا يكره في الحائك والله أعلم ،ولم يتعرض للحمامي وذكر مثله في « شرح المهذب » وتعبيره فيهما مشعر بالكراهة فيه أي في الحمامي .

قوله : وفي كسب الفصاد وجهان قال في «العدة » : الأظهر : أنه لا يكره . انتهى .

والصحيح على ما قاله النووي في « شرح المهذب » وفي « الروضة » من الأصل ما رجحه في «العدة» ، وفيه نظر فإن العلة في الحجام هي مخامرة النجاسة على الصحيح والاحتراز فيها ممكن والتلويث قد يحصل إلا أن مخرج الدم في الحجامة متعدد والفصد قد يتعدد بالنسبة إلى أشخاص .

قوله : وكَرِه جماعة كسب الصواغ . انتهى .

لم يذكر الرافعي في الصواغ غير هذا الكلام بالكلية وكذا ذكر في «الروضة» و « شرح المهذب » ولا يعرف منه الحكم فإنه لا يدري هل هو المنقول فقط ، أو هو حكاية لوجه مرجوح ؟

والأمر على الثاني فإن الرافعي في كتاب «الشهادات» لمّا عدد أصحاب الحرف الدنية صحح أن الحائك منهم ، وأن الصائغ ليس منهم ، وكذلك الصباغ حتى تقبل شهادتهما بالاتفاق وتبعه عليه في « الروضة » .

فتلخص أن الصواغ أطيب كسبًا من الحائك ، والصحيح في الحائك عدم الكراهة على ما سبق ، فلزم أن يكون هو الصحيح في الصواغ أيضًا بطريق الأولى فتفطن له .

قوله : قال الماوردي : أصول المكاسب الزراعة والتجارة والصنعة ، وأيها

أطيب ؟ فيه ثلاثة مذاهب للناس ، وأشبهها بمذهب الشافعي رضي الله عنه : أن التجارة أطيب ، قال : والأشبه عندي أن الزراعة أطيب لأنها أقرب إلى التوكل . انتهى .

واعلم أن الشاشي والعمراني قد اقتضى كلامهما حكاية ثلاثة أوجه في المسألة كهذه المذاهب ، واقتصرا في الترجيح على ما نقله الماوردي عن الشافعي ، وفي « صحيح البخاري » عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « **ما أكل أحد طعامًا قط خيرًا من أن يأكل من عمل يده ، وإن نبي الله داود كان يأكل من عمل يده** » [1] .

قال النووي : وهذا الحديث صريح في ترجيح الزراعة والصنعة لكونهما عمل يد لكن الزراعة أفضلها لعموم النفع بها للآدمي وغيره ، وعموم الحاجة إليها .

(١) أخرجه البخاري (١٩٦٦) من حديث المقدام رضي الله عنه .

الفصل الثاني
في حال الاضطرار

قوله : وكل طاهر لا ضرر فيه يحل أكله إلا المستقذرات الطاهرة كالمني والمخاط ونحوهما فإنها محرمة على الصحيح . انتهى .

وما أطلقه من تحريم المستقذر قد تابعه عليه أيضًا في « الروضة » وقد استثنى المحاملي في « اللباب » الماء المستقذر كالحاصل من غسل الأيدي عقب الأكل ونحو ذلك ، فقال في كتاب الأشربة : وما يستقذر في الغالب فإنه حرام إلا الماء الآجن . هذه عبارته .

والآجن : بجيم مكسورة ونون هو المتغير .

والظاهر : أن العلة في الماء كون الاستقذار عارضًا بخلاف المخاط ونحوه وحينئذ فيتعدى إلى المأكول أيضًا كاللحم المنتن وقد صرحوا به .

قوله : ولو عيل صبره وجهده الجوع فهل يحل له المُحَرّم ، أم لا يحل حتى يصل إلى أدنى الرمق ؟ قولان : انتهى .

والأظهر على ما قاله في « شرح المهذب » و « زوائد الروضة » : هو الحل .

واعلم أن الجوهري قال : تقول : عالني الشيء يعولني أي غلبني وثقل عليّ ، وعال الأمر : اشتد ، وعيل صبري : أي غلب .

قوله : وهل له أن يزيد على ما يسد الرمق إلى الشبع؟ ، فيه أقوال : ثالثها : إن كان قريبًا من العمران لم يحل وإلا فيحل ، وذهب القفال وكثير من الأصحاب إلى المنع .

وعن صاحب « الإفصاح » ترجيح الجواز ، وبه قال الروياني وغيره ،

هكذا أطلق الخلاف أكثرهم .

وفصَّل الإمام والغزالي تفصيلاً حاصله : إن كان في بادية وخاف إن ترك الشبع أن لا يقطعها ويهلك وجب القطع بأنه يشبع ، فإن كان في بلد وتوقع الأكل الحلال قبل عود الضرورة ، وجب القطع بالاقتصار على سدّ الرمق ، وإن كان لا يظهر حصول طعام حلال وأمكنه الرجوع إلى الحرام مرة بعد أخرى إن لم يجد الحلال فهذا موضع الخلاف . انتهى ملخصًا .

ذكر نحوه في « الشرح الصغير » أيضًا ، وفيه أمور :

أحدها : أن الراجح هو الاقتصار على سدّ الرمق ، فإنه الذي نقله المزني في « المختصر » واختاره .

وقال البندنيجي والقاضي الحسين : إنه مختار الشافعي ، وصححه الرافعي في « المحرر » فقال : إنه أولى القولين ، وصححه أيضًا النووي في كتبه .

الأمر الثاني : أن التفصيل الذي ذكره الإمام والغزالي قد جزم به في «المحرر » ، وقال في « الروضة » : إنه الراجح .

قال الإمام : ولا يجوز أن يكون الأمر على خلاف ذلك ، ولم ينص الشافعي على قولين ولا على أقوال مجموعة ، ولكن نظر الناظرون ترددًا صادفوه في كلامه فحسبوه ترديد قول وإنما هو ترديد حال ، هذا كلام الإمام .

الأمر الثالث : ليس المراد من الشبع أن يمتلئ حتى لا يبقى للطعام مساغ فإن هذا حرام قطعًا ، صرح به البندنيجي وأبو الطيب وغيرهما ، وجزم به ابن الرفعة .

بل المراد كما قاله الإمام : أن يأكل حتى يكسر سؤرة الجوع بحيث لا

يطلق عليه اسم جائع .

وقد ذكر الغزالي في « الوجيز » في كتاب النفقات : أن الواجب في نفقة الأقارب ليس هو الشبع ، ولا يكفي ما يسد الرمق ، بل الواجب أن يعطيه ما يستقل به ويتمكن معه من التصرف والتردد .

وكلام الرافعي يُشعر بما ذكره ولهذا لم ينبه على مخالفته عند شرحه له فأثبت هناك واسطة بين الشبع وسدّ الرمق وجعلها هي الواجبة .

الأمر الرابع : أن الرمق : هو بقية الروح كما قاله جماعة ، وقال بعضهم : هو القوة .

وإذا علمت ذلك ظهر لك أن الشد المذكور في مثالنا بالشين المعجمة لا بالمهملة .

قوله : ويجوز أن يتزود من الميتة إن لم يَرْجِ الوصول إلى الحلال ، فإن رجاه قال في « التهذيب » وغيره : يحرم .

وعن القفال : أن من حمل الميتة من غير ضرورة لم يمنع ما لم يتلوث بالنجاسة .

وهذا يقتضي جواز التزود عند الضرورة ، وأولى . انتهى .

والأصح كما قاله في « شرح المهذب » و « زوائد الروضة » : جواز ذلك .

قوله : فرع : إذا قلنا له أن يأكل قدر ما يشبع فأكل ما يَسُد رَمَقَه ، ثم وجد لقمة من حلال لم يكن له أكل الحرام حتى يأكل تلك اللقمة ، فإذا أكلها فهل له الإتمام إلى الشبع ؟ فيه وجهان للقاضي الحسين . انتهى .

والأصح كما قاله في « زوائد الروضة » و « شرح المهذب » : هو الجواز .

قوله : ويجوز للمضطر إتلاف ما ليس بمعصوم كالحربي والمرتد ، ثم قال: وفي الزاني المحصن والمحارب وتارك الصلاة وجهان .

أظهرهما : أن الجواب كذلك . انتهى .

تابعه عليه في « الروضة » ومقتضاه أنه لا فرق بين أن يكون قد ثبت زناه بالبينة أم بالإقرار .

وقد اختلف فيه كلام النووي اختلافًا عجيبًا أوضحته في أوائل الجنايات في الركن الثاني .

قوله : وأما المرأة الحربية وصبيان أهل الحرب ، ففي « التهذيب » : أنه لا يجوز قتلهم ؛ وجوز الإمام وصاحب « الكتاب » قتلهم وأكلهم لأنهم ليسوا بمعصومين وليس المنع من قتلهم في غير حالة الضرورة لحرمة دمهم .

ألا ترى أنه لا يتعلق به الكفارة . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضًا ، وجزم في « المحرر » بالمنع ، وصحح النووي في « شرح المهذب » و « زوائد الروضة » و « المنهاج » جوازه كما يشعر به لفظ « الروضة » .

قوله : ولو كان المضطر ذميًا والميت مسلم فهل له أكله ؟ حكى صاحب «التهذيب » فيه وجهين . انتهى .

قال في « شرح المهذب » وفي « الروضة » من « زوائده » : القياس تحريمه .

قوله في « الروضة » : وما سوى المسكر من النجاسات يجوز التداوي به كله على الصحيح المعروف . انتهى .

واعلم أن الرافعي عبر بقوله : وما سوى المسكر من المحرمات . فعدل في « الروضة » إلى التعبير : بالنجاسات .

وعبارة الرافـعي أعم ، فإن المحرم قد يكون لأجل الاستـقذار كالمني ، وقد يكون للإيذاء كالرصاص وغيره من المعادن .

قوله : وفي كتاب ابـن كج ذكر وجهين في جواز التبخيـر بالند الذي فيه خمر لما يصعد منه من الدخان .

وهذا قد سبق نظيره في الطهارات .

قـال في « الروضـة» من « زوائده » : الأصح جـوازه لأنه ليس دخـان نفس النجاسة ، وذكر مثله في « شرح المهذب » أيضًا .

وهذا الذي ذكـره هنا قد سـبق ما يخـالفه في حـد الخمـر ، فذكـر ما حاصله : تصحيح المنع ، وقد سبق ذكره هناك فراجعه .

قـوله : وإذا أراد المضطر أن يقطـع فلقـة من فخـذه أو من عـضـو آخـر ليأكـلها ، فإن كـان الخوف فـيه كـالخوف في ترك الأكل أو أشـد لم يكن له قطعها وإن كان دونه فوجهان :

أحدهما : لا يجوز ، وإليه ذهب صاحب « الإفصاح » وجماعة ورجحه الروياني .

وذهب ابن سريج وأبو إسحاق المروزي والشيخ أبو حامد وغيرهم : إلى الجواز ، ويشبه أن يكون هو الأظهر . انتهى .

فيه أمران :

أحـدهـمـا : أن الرافعي قد اخـتلف كلامه في هذه المسـألة ، فقال في «المحرر» : الأصح أنه لا يجـوز ، وقال في « الشـرح الصغيـر » : الأظهر الجواز ، وهو الذي صححه النووي في كتبه .

واعلم أن القاضي حسين قد ذكر في « تعليقه » : أن هذين الوجهين من تخريج ابن سريج ، وكلام الرافعي وغيره من المتأخرين يشعر بجزمه بالجواز .

الأمر الثاني : أن هذه المسألة شبيهة بقطع السلعة وقد ذكرها الرافعي بعد باب التعزير ، فقال : إذا كان الخطر في قطعها وفي بقائها أيضًا نظر ، إن كان الخوف في القطع أكبر ، لم يجز القطع ، وإن كان في البقاء أكبر جاز القطع وقيل : لا لأنه فتح باب الروح .

وإن تساوى الخطر جاز القطع على الأصح ؛ إذ لا معنى للمنع في ما لا خطر فيه . هذا كلامه .

فجزم في المضطر عند تساوي الخطرين بالمنع ، وقال في «شرح المهذب»: إنه لا خلاف فيه ، على خلاف ما صححه في قطع السلعة وإذا كان خطر القطع أقل فقد صحح الجواز في السلعة وهو موافق لتصحيح النووي ، ولما في « الشرح الصغير » .

قوله : وإن لم يكن المالك مضطرًا فعليه إطعام المضطر وللمضطر أن يأخذ ... إلى آخره .

واعلم أن الغزالي في « الوسيط » قد حكى وجهين في أن المضطر هل يجب عليه استئذان المالك أم لا ؟ وصرح بهما الإمام أيضًا فقال : ولا شك أن الذي يقتضيه أدب الشرع أن يستأذنه .

وهل يشترط ذلك في الاستباحة ؟ فعلى وجهين :

أحدهما : لا يشترط لأنه يظهر اشتراط الإذن ، حيث يقدر التحريم لو عدم الإذن .

وإذا كان هذا الطعام مأخوذًا على كل حال فلا معنى لاشتراط الاستئذان.

[**والثاني** : أنه يجب الاستئذان] [1]، ويحرم الطعام بدونه ، كما لو

---

(١) سقط من ب .

ظفر الرجل بمال من يستحق عليه الدَّين فليس له أخذه ، ما لم يظهر الامتناع ممن عليه أدائه .

هذا لفظه ، وقد جزم الغزالي ، في « الوجيز » بالاستئذان ، فقال : الثاني : إذا ظفر بطعام من ليس بمضطر فيطلبه منه ، فإن منعه غصبه منه ، فإن دفعه جاز له قتل المالك . هذا لفظه ، ولم يتعرض الرافعي للمسألة .

قوله : وهل يجب على المضطر الأخذ قهراً إذا منعه المالك ؟ فيه خلاف يترتب على الخلاف في أنه : هل يجب عليه الأكل من الميتة ؟ وأولى بأن لا يجيب ، لأن عقل المالك ودينه يبعثانه على الإطعام ، وهو واجب عليه ، فجاز أن يجعل الأمر موكولاً إليه ويكتفي به . انتهى .

والمذهب كما قاله في « شرح المهذب » و « زوائد الروضة » : أنه لا يجب القتال كما لا يجب دفع الصائل .

قوله : وإذا أوجبنا على مالك الطعام بذله فالمشهور : أنه لا يلزمه ذلك إلا بالعرض .

وفرقوا بينه وبين ما إذا خلص مشرفًا على الهلاك بالوقوع في ماء أو نار [حيث] (١) لا يثبت عليه أجرة المثل بأن هناك يلزمه التخليص وإن لم يكن للمشرف على الهلاك مال ولا يجوز التأخير إلى تقدير الأجرة وتقريرها ، وها هنا بخلافه .

وسوى القاضي أبو الطيب وغيره بينهما فقالوا : إن احتمل الحال هناك موافقته على أجرة يبذلها أو بمثلها ، لم يلزمه تخليصه حتى يقبل الأجرة . كما في المضطر ، وإن لم يحتمل الحال التأخير في صورة المضطر فأطعمه ، لا يلزمه العوض فلا فرق إذن . انتهى كلامه .

---

(١) سقط من أ .

فيه أمران :

أحدهما : أن تعبيره بقوله : وإن لم يكن للمشرف على الهلاك مال .

صوابه العكس وهو أن يقول : وإن كان للمشرف على الهلاك مال ، فإن التعبير الواقع في الرافعي ، يقتضي أنه لا يجب الإطعام إذا لم يكن للمضطر مال وليس كذلك ، فإن التخليص والإطعام واجبان عند عدم المال بلا شك ، وإنما يختلفان عندها ، ولا القائلين بالاختلاف في حال وجوده، ففي الإطعام : لا يجب حتى يأخذ ، وفي التخليص : يجب خوفًا من الفوات .

الأمر الثاني : أن النووي قد ذكر من « زوائده » في آخر الجعالة عرضًا فيه مخالفة للمذكور هنا ، وقد ذكرته هناك فراجعه .

قوله : ثم إن بذل المالك طعامه بأكثر من ثمن المثل ، والتزمه ففي ما يلزمه وجوه :

أقيسها : يلزمه المسمى .

والثاني : ثمن المثل ، لأنه كالمكره .

والثالث : إن كانت الزيادة لا تشق على المضطر ليساره لزمته ، وإلا فلا ، ثم قال بعد ذلك : وهذا الخلاف إنما هو في من عجز عن الأخذ قهرًا ، فإن لم يعجز لزمه المسمى بلا خلاف . انتهى كلامه .

وما ادعاه من عدم الخلاف سبقه إليه الإمام الغزالي فقلده هو فيه وتابعه عليه النووي أيضًا في « الروضة » و « شرح المهذب » وليس كذلك ، فقد صرح ابن الصباغ في « الشامل » بحكاية الوجهين في هذه الصورة أيضًا ، وجعل إراقة الدم مقام العجز وهو كلام واضح ، ونقله عنه أيضًا في « الكفاية » .

قوله : وإن لم يكن مع المضطر مال سواء كان له مال في موضع آخر أم لم يكن فعلى المالك والحالة هذه البيع بنسيئة . انتهى .

وما ذكره من وجوب البيع نسيئة تابعه عليه في « الروضة » ولا وجه له، بل الصواب الجاري على القواعد : أنه يجوز للمالك بيعه بثمن حال غير أنه لا يطالب به في هذه الحالة لإعساره وفائدة الحلول جواز المطالبة عند القدرة ثم فَرّع الرافعي بعد هذا بنحو صفحة على [ما ذكره] [1] هنا إذا كان المال المحجور عليه فإن الولي يفعل في ذلك المال ما قلنا أنه يفعله في ماله .

ثم قال : وهذه إحدى الصور التي يجوز فيها بيع مال الصبي نسيئة .

قوله : ولو اشترى بأكثر من ثمن المثل ففيه أوجه :

أقيسها : لزوم المسمى ، وقيل : يلزمه قيمته وقيل : إن كانت الزيادة لا تشق على المضطر ليساره لزمته وإلا فلا .

ثم قال : فإن اشتراه بالزيادة مع إمكان الأخذ قهراً ، فهو مختار في الالتزام ، فيلزمه بلا خلاف والخلاف السابق محله إذا عجز عن الأخذ قهراً . انتهى كلامه .

وما ذكره من نفي الخلاف والحالة هذه ، قد ذكره الإمام والغزالي فقلدهما فيه الرافعي ثم النووي في « الروضة » و « شرح المهذب » ، وليس كذلك فإن الخلاف ثابت في هذه الصورة أيضًا .

كذا صرح به ابن الصباغ في « الشامل » وجعل التنزه عن إراقة الدم قائمًا مقام العجز وهو حسن منقاس .

قوله : ولو أطعمه المالك ولم يصرح بالإباحة لم يجب شيء ، وقيل :

---

(١) سقط من أ .

يجب .

ثم قال : إذا أوجر المالك طعامه للمضطر قهراً أو أوجره وهو مغمى عليه فهل يستحق القيمة عليه ؟ فيه وجهان : أحسنهما : نعم ، لأنه خلصه من الهلاك فصار كما لو عفي عن القصاص . انتهى كلامه .

ذكر في « الروضة » مثله وفيه أمران :

أحدهما : أن هذا الذي استحسنه الرافعي قد جزم به في كتاب الضمان في الكلام على الرجوع .

الثاني : أن الصحيح في ما إذا عفي مستحق القصاص ولم يصرح بالمال أنه لا شيء له على خلاف المذكور هنا .

فإن المذكور هنا محله إذا صرح بالعفو على الدية فقياسه أن يكون الإطعام مثله حتى لا يستحق إلا إذا صرح به .

والظاهر الأول ، وأنه مخالف لما في الجنايات .

قوله : ولا يجب البذل للحربي والمرتد والكلب العقور .

ثم قال : ولو كان له كلب غير عقور جائع وله شاة فعليه ذبح الشاة لإطعام الكلب . انتهى .

وما ذكره هنا في الكلب تابعه عليه في « الروضة » ، وهو صريح في أن غير العقور محترم لا يجوز قتله ، والمسألة قد ذكراها في مواضع كثيرة ، واختلف فيها كلامهما ، وقد أوضحت ذلك في باب التيمم فراجعه .

قوله : وحكم الثمار الساقطة من الأشجار حكم سائر الثمار إذا كانت داخل الجدار فإن كانت خارجه فكذلك إن لم تجر عادتهم بإباحتها ، فإن جرت فهل تجري العادة المطردة مجرى الإباحة ؟ وجهان . انتهى .

والأصح : جريانها مجراها، كذا صححه في « شرح المهذب » و « زوائد

الروضة » ، ثم قال في « الروضة » عقبه من « زوائده » : إنه يجوز أن يأكل من طعام قريبه وصديقه بغير إذنه إذا غلب على ظنه أنه لا يكره ذلك فإن شك فحرام بلا خلاف .

وذكر في الوليمة وجهين في ما إذا أخذ الضيف مقداراً يشك في رضى المالك به .

قوله : وإن وجد المضطر ميتة ولحم صيد ذبحه هو وهو محرم أو ذبحه محرم آخر ، فإن لم نجعل ما ذبحه المحرم ميتة فلحم الصيد أولى منه ؛ لأنه ظاهر ولا يتقدم الأكل بمحصور آخر ، ولأن تحريم الصيد يختص بالمحرم ، وتحريم الميتة عام .

وقيل : الميتة أولى ، وقد يؤخذ مما سبق أن استثناء الميتة عند الاضطرار منصوص عليه بخلاف الصيد فإنه بالاجتهاد . انتهى كلامه .

وما ذكره صحيح في ما إذا كان هو الذابح في حال الإحرام ، وأما في ما إذا ذبحه محرم آخر ، وقلنا : لا يكون ميتة ، فقد ذكره أيضًا في «الشرح الصغير » بأبسط مما قاله هنا ، وليس بصحيح لا في الحكم ولا في التعليل ، لأن مذبوح المحرم إذا لم نجعله ميتة يكون حلالاً على الحلال والمحرم فتوهم الرافعي تحريمه عليه فذكر فيه ما ذكر .

قوله : ولو وجد ميتتين إحداهما من جنس ما يؤكل كالشاة والأخرى مما لا يؤكل كالذئب فيتخير أو يأكل مما يؤكل جنسه ؟ فيه وجهان .

ويجري مثلهما في ما إذا كانت إحداهما طاهرة في الحياة والأخرى نجسة . انتهى .

قال في « شرح المهذب » : أصحهما ترك الكلب والتخيير في الباقي .

وهذا التفصيل الذي صححه ليس وجهًا ثانيًا ، فضلاً عن تصحيحه .

وقد عبر في « الروضة » بعبارة هي أخف في الاعتراض ، فقال : ينبغي أن يكون الراجح كذا وكذا .

قوله : ولو تنجس الخف لأجل خرزه بشعر الخنزير فغسل سبعًا إحداهن بتراب طهر ظاهره دون باطنه ، وهو موضع الخرز .

وقيل :كان الشيخ أبو زيد يصلي في الخف النوافل دون الفرائض فَرَاجَعَه القفال فيه فقال : الأمر إذا ضاق اتسع وأشار إلى كثرة النوافل . انتهى .

قال في « الروضة » : الظاهر أنه أشار إلى أن هذا القدر مما تعم به البلوى ويتعذر أو يشق الاحتراز منه فعفي عنه مطلقًا وإنما كان لا يصلي فيه الفريضة احتياطًا لها ، وإلا فمقتضى كلامه العفو فيهما ولا فرق بين الفرض والنفل في اجتناب النجاسة .

ومما يدل على صحة هذا التأويل أن القفال قال في «شرح التلخيص » : سألت أبا زيد عن الخف يخرز بشعر الخنزير هل يجوز الصلاة فيه ؟ فقال : الأمر إذا ضاق اتسع .

قال القفال: مراده أن بالناس حاجة إلى الخرز به فللضرورة جوزنا ذلك .

قوله : وفي « تعليقة » إبراهيم المروزي : أنه وردت أخبار في النهي عن الطين الذي يؤكل ولا يثبت شيء منها ، وينبغي أن يحكم بالتحريم إذا ظهرت المضرة فيه ، وإن لم تثبت الأخبار . انتهى .

قال في « الروضة » : قطع صاحب « المهذب » وغيره بتحريم أكل التراب .

قوله : ويكره أن يأكل من الطعام الحلال زيادة على الشبع ويقذر الطعام انتهى كلامه .

تقول قذرت الشيء بكسر الذال المعجمة تقذرته واستقذرته ،أي كرهته ، كما قال الجوهري .

والكراهة لا تتعلق باختيار الشخص حتى نحكم عليها بالكراهة الشرعية، وكأن مراد الرافعي بها هو إظهار ذلك ؛ ولهذا عبر في « الروضة» بقوله : يعيبه ، عوضًا عن قول الرافعي : يقذره .

قوله:ويستحب أن يقول بعد الفراغ : الحمد لله حمدًا كثيرًا طيبًا مباركًا . انتهى .

وهذا التحميد قد تابعه عليه في « الروضة » وهو ناقص شيئًا ، وتتمته مذكورة في باب الوليمة من « زوائده » فراجعه .



كتاب السبق والرمي

وفيه بابان : الأول : في المسابقة

قوله : ولا يجوز عقد المسابقة على ما لا ينفع في الحرب ، كاللعب بالشطرنج والخاتم والصولجان ورمي البندق والجلاهق والوقوف على رِجْل واحدة . انتهى .

تبعه في « الروضة » عليه ومقتضاه : أن الرمي بالجلاهق غير الرمي بالبندق وليس كذلك .

فإن الجلاهق : هو بضم الجيم اسم للبندق اللين الذي يرمى به ، وقوسه يقال له : قوس الجلاهق ، كذا ذكره الجوهري وغيره ، وكذلك أصحابنا في كتاب الوصية .

قوله : وفي الحديث :أنه سابق بين الخيل المضمرة من الحفياء إلى ثنية الوداع [1]. انتهى .

الحيفاء : بحاء مهملة مفتوحة ثم فاء ساكنة ثم ياء مثناة من تحت ، ثم ألف ممدودة ، وقال صاحب « المطالع » : بمد وتقصير .

وضبطه بعضهم بضم الحاء وهو خطأ ، وقال الحازمي : يقال فيها أيضًا: الحيفاء بتقديم الياء على الفاء .

ونقله النووي في « تهذيبه » ، ثم ذكر أيضًا ألفاظًا منها :

فراهة الفرس ، والفراهة بفاء مفتوحة وراء مهملة [هو الحذق بالشيء . تقول فره يفره بالضم فيهما فهو فاره أي : حاذق .

---

(١) أخرجه البخاري (٤١٠) ومسلم (١٨٧٠) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

ومنها :] [1]ما ذكره في أسماء المتسابقين ، قال : فيقال للذي يجيء أولاً: السابق والمجلّي .

ويقال للثاني : المصلي .

وللثالث : المسلي وكذا التالي .

وللرابع : التالي ، وقيل : المرتاح .

وللخامس : العاطف ، وقيل : المرتاح .

وللسادس : المرتاح المرماح ، وقيل : العاطف .

وللسابع : المرمل ، وقيل الحظي .

[وللثامن : الحظي ،] [2] وقيل : المرمل .

وللتاسع : اللطيم .

وللعاشر السكيت ، كالمكيت ، ويقال له : الفسكل .

وكانوا لا يعتدون بما يجيء بعد ذلك . انتهى .

لم يذكر هذه الأسماء في « الروضة » ، ولا بد من التعرض إلى ضبط ألفاظها فنقول :

المجلّي : بالجيم المفتوحة وتشديد اللام .

والمصلي : المذكور أولاً بالصاد والمذكور ثانيًا بالسين المهملة .

والتالي : بالمثناة من فوق واللام .

والمرتاح : بميم مضمومة وراء ساكنة وبالمثناة من فوق والحاء المهملة .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

والعاطف : بالعين والطاء المهملتين والفاء .

والمرمل : بميم مضمومة ثم راء مفتوحة ثم ميم مشددة مكسورة .

والحظي : بحاء مهملة مفتوحة وظاء معجمة مشالة .

واللطيم : بلام مفتوحة وطاء مهملة .

والسكيت : بسين مهملة مضمومة ، على أنه مصغر وفي آخره تاء مثناة من فوق .

والفسكل : بفاء مكسورة وسين مهملة ساكنة وكاف مكسورة وباللام .

وفي أسمائهم خلاف آخر لم يذكره الرافعي .

وقد نظم بعضهم أسماءها على القول المشهور في بيتين تقريبًا للاستحضار وهما :

مصلي وتالي ثم يتلوه بارع ومرباصهم أما المجلي فأول

وبعد حظي عاطف ثم بعده مرملهم ثم السكيت ففسكل

قوله : ويشترط أن يكون المال معلوم الجنس والقدر . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » أيضًا مع أنه لابد من العلم بالصفة .

قوله : وإن سابق ثلاثة وشرط للثاني مثل ما شرط للأول فوجهان :

أصحهما : الجواز ؛ لأن كل واحد منهما والحالة هذه مجتهد ويسعى أن يكون سابقًا أو مصليًا . انتهى .

وما ذكره هنا من تصحيح الجواز قد ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضًا ، وخالف في « المحرر » فجزم بالبطلان ، وتبعه في « الروضة » و« المنهاج» على هذا الاختلاف .

قوله : وعن أبي إسحاق : أنه إذا تباعد النوعان كالعتيق والهجين من

الخيـل ، والنجيب والنجـبا من الإبل لم يجـز، وهذا ما ينبـغي أن يرجح وإن كـان الأول أشـهر لأنه إذا تحـقق التـخلف فـأي فـرق بين أن يكون لضـعف عارض أو لرداءة النوع . انتهى كلامه .

واعلم أن تجويز الأكثـرين المسابقة بين العتيق والهجين والنجـيب والنجبا محمول كما قاله في «الروضة» على ما إذا لم يقطع بسبق العتيق والنجيب .

قوله : الأشياء التي جرى ذكرها في كلام الأصـحاب لاعتبار السبق بها ثلاثة [أوجه :] (١) .

أحـدها : الكتـد: بفتح التـاء وكـسرها والفـتح أشـهر وهـو مجـمع بين الكتفين بين أصل العنق والظهر .

الثاني : الأقدام : وهي القوائم .

والثالث : الهادي : وهو العنق .

ونقل الإمـام اختـلاف وجـه أو قول في أن الاعـتبار بالهـادي أم بموقع الأقدام والكتد . ورأي الثاني أقيس .

والذي يوجد لعامة الأصحاب في كتبهم : أن الاعتبار في الإبل بالكتد ـ وفي الخـيل بالهادي ، لأن الإبل تـرفع أعناقهـا في العـدو فلا يمكن اعـتبـاره والخيل تمدها .

قالوا : فـإذا استوى الفـرسان في خلقة الـعنق طولاً وقصراً فـالذي تقدم بالعنق أو ببعضه هو السابق ، فإن اخـتلفا وتقدم الأطول نظر : إن تقدم بقدر زيادة الخلقة فما دونها فليس بسابق ، فإن تقدم بأكثر فسابق .

وحُكيت أوجه أخـرى ضعيـفة ، إلى أن قال : والوجه السـابع المعتبـر ما شرطاه من الكتد أو الهادي . انتهى .

---

(١) سقط من ب .

واعلم أن ما رجحه الرافعي من اعتبار الكتد في الإبل مقتضاه : أنه لا فرق فيه بين الإطلاق وغيره حتى لو شرطا غيره لبطل العقد .

وتعليله بأنه لا يمكن اعتبار الأذن صريح في ذلك .

وقد ذكر النووي أيضًا في « الروضة » هذا التعليل ، ثم استدرك على الرافعي في حكاية الوجه السابع ، فقال : قلت : هذا السابع ضعيف . لأن المسألة في ما إذا أطلقا . والله أعلم .

وما ذكره من « زوائده » من تخصيص ذلك بحالة الإطلاق هو ما ذكره الشيخ في « المهذب » ، لكن طريقة الرافعي صريحة في منافاته وإلا فليصرح ببطلان التوجيه المذكور أولاً .

قوله : ولو سابقا على أن من سبق منهما بأقدام معلومة على موضع كذا، فله السبق .

حكى الأئمة عن صاحب « الإفصاح » : أنه يجوز ؛ لأنهما يتحاطان ما تساويا فيه ويجعل السبق لمن تقدم بالقدر المشروط فهو كشرط المحافظة في المناضلة ، وأنه قال : رأيت من أصحابنا من منع ذلك وأبطل العقد به ، ولا أعرف له وجهًا .

قال الرافعي : والغاية في الحقيقة نهاية الأقدام من ذلك الموضع ، لكنه شرط في الاستحقاق تخلف الآخر عنها بالقدر المذكور . انتهى ملخصًا .

والصحيح ما قاله صاحب « الإفصاح »،[فقد صححه النووي في «أصل الروضة » ولم ينبه على أنه من « زوائده » بل أدخله في كلام] (١) الرافعي فتفطن له ، والقائل : إنه لا يعرف للمانع وجهًا هو صاحب «الإفصاح » لا الرافعي ، كذا بينه البغوي في « التهذيب » ، ومنه أخذ

---

(١) سقط من أ .

الرافعي المسألة .

وقد ذكر الرافعي في الشرط السادس من الباب الثاني : أنه يشترط تساوي المتناضلين والمتسابقين في الموقف حتى لو شرطا أن يكون موقف أحدهم أقرب لم يجز .

وما ذكره هناك غير ما ذكره هنا فاعلمه .

قوله : فلو تسابقا على عوض كان في الذمة ، قال في « البحر » : فيه وجهان بناء على الوجهين في جواز الاعتياض عنه . انتهى .

تابعه في « الروضة » على إطلاقه ، لكن قد تقدم في الكلام على المبيع قبل القبض [أن الدين إن لم يكن ثمنًا ولا مثمنًا كدين الغرض والإتلاف جاز الاعتياض عنه بلا] (١) خلاف ، وإن كان مثمنًا كدين السلم لم يجز بلا خلاف ، وإن كان ثمنًا فهذا موضع الخلاف .

والخلاف فيه قولان :

الجديد : جوازه .

والقديم : منعه .

فتلخص [أيضًا] (٢) أن الخلاف ليس كما أطلقه .

وأنه أيضًا قولان لا وجهان كما قاله ها هنا .

قوله : ولو شرط ـ أي المخرج ـ على السابق أن يطعم السبق أصحابه فسد العقد كما لو باعه شيئًا بشرط أن لا يبيعه .

وعن أبي إسحاق وجه أنه يصح العقد وقبوله الإطعام عدة إن شاء وَفَّى بها وإلا فلا . انتهى .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب .

قال النووي من « زوائده » : وفي « التنبيه » وجهان آخران :

أحدهما : يفسد المسمى ويجب عوض المثل .

والثاني : يصح العقد ولا عِوض . هذا لفظه .

فأما الوجه الأول : فمذكور في « التنبيه » كما ذكره ، وعلته أن المسابقة لما جاز عقدها بالمال تارة وبعدمه أخرى لم يكن العوض ركنًا فيها ، وحينئذٍ فلا يقتضي فساده بطلان العقد بل الرجوع إلى عوض المثل قياسًا على النكاح .

أما الوجه الثاني : فعبارة « التنبيه » فيه : وقيل : يصح ، ولا يستحق شيئًا .

وقد شرحه ابن الرفعة وغيره : على أن المعنى أنه لا يستحق المشروط له الطعمة شيئًا ، وهذا هو وجه أبي إسحاق .

وأما تصريحه بأنه لا عوض له فليس في « التنبيه » ، وكيف يعقل القول بهذه المعاملة ؟ وما فائدة صحة العقد على هذا التقدير ؟

قوله : والمسابقة على المال عقد لازم في أصح القولين كالإجارة .

والثاني : أنها جائزة كالجعالة ، ثم قال : فإن فرعنا على الجواز فيجوز الزيادة والنقصان في العمل وفي المال بالتراضي . انتهى .

تابعه في « الروضة » هنا على تقييد الجواز بالتراضي ومقتضاه : أنه ليس لأحدهما الانفراد به ، وليس كذلك بل الأصح جوازه لأحدهما ، فإن لم يرض صاحبه بالزيادة فليفسخ ، وقيل : يمتنع مطلقًا ، وقيل : إن كان متساويًا أو فاضلاً فله الزيادة ، وإن كان مفضولاً فلا .

كذا ذكره الرافعي في آخر الباب الثاني وحكى معه وجهًا آخر أنه لا

يجوز بالتراضي وبيّن ضابط الفاضل والمفضول .

قوله : فإن قلنا باللزوم فلا يجوز لهما الزيادة في العمل والمال ولا النقص منه . إلا أن يفسخا العقد الأول ويستئنفا عقداً .

فإذا سبق أحدهما فلا بد من قبول الآخر بالقول ولا يكلف المسبق البداءة بتسلم المال بخلاف الأجرة . انتهى .

ومراده بقوله : فإذا سبق أحدهما ـ أي أخرج المال ـ وهو بتشديد الباء وكذا مراده بالسبق أيضًا فتفطن له ، وهو أيضًا بالتشديد .

والسبق : بفتح الباء المخففة هو المال ، وهاتان اللفظتان مأخوذتان من ذلك .

ويوضح أن المراد ما ذكرناه : أنه لما ذكر قول الجواز وفَرّع عليه وذكر بعده قول اللزوم أعاد تلك الفروع بعينها على الترتيب المذكور على قول الجواز حاكمًا عليها بنقيض ما حكم به أولاً .

ذكر هذا في مقابلة إخراج المال من أحدهما فتأمله يتضح لك .

وقد عبر في « الروضة » بقوله : ولا يكلف المسبق البداءة بتسليم المال على المذهب . هذا لفظه وتعبيره : بالمذهب يقتضي أن الرافعي حكى طريقين ، وليس كذلك ، بل حكى فيه وجهًا باللزوم ، وقال : إنه ضعيف . ذكر ذلك في الكلام على ألفاظ « الوجيز » .

واعلم أن ما ذكرناه في امتناع الزيادة في العمل والمال محله إذا قلنا : إن المسابقة لا يثبت فيها خيار المجلس ، ولكنا إذا قلنا : بأنها لازمة إلحاقًا لها بالإجارة ، فيجيء فيها الخلاف المذكور في الإجارة .

كذا ذكره الرافعي في كتاب البيع ولم يتعرض له هاهنا ، وقد ذكره أيضًا الشيخ في « التنبيه » هنا .

قوله : ويجوز ضمان السبق والرهن به على هذا القول على هذا المذهب وقال القفال قولان ، كضمان ما لم يجب ، وجرى سبب وجوبه ، فأما بعد الفراغ من العمل ، فيجوز ضمان السبق والرهن به على القولين ، وإن كان السبق عينًا لزم المسبوق تسليمها ... إلى آخره .

وما ذكره من جواز أخذ الرهن والتضمين على قول اللزوم مقتضاه أنه لا فرق في العوض بين الدَّين والعين ، وهو في الدَّين مسلم ، وأما العين فالأصح على قاعدة الرافعي : أن الرهن لا يصح ، وأما الضمان : فإن التزم الضامن تسليم العوض وهو في يد باذله صح على الصحيح .

والخلاف فيه كالخلاف في كفالة البدن ، وإن ضمن قيمتها لو تلفت لم يصح فى أصح الوجهين ، هذا حاصل ما ذكره الرافعي في كتاب الضمان ومسألة الرهن مذكورة في كتاب الرهن .

الباب الثاني
في الرهن

قوله : ولو أخرج الحزبان المال وشرطوا لواحد من الحزبين أنه إن كان الفوز لحزبه شاركهم في أخذ المال ، وإن كان الفوز للحزب الآخر فلا شيء على ذلك الواحد إنما يغرم أصحابه ، فيه وجهان :

أحدهما : أنه يجوز ويكفي ذلك الشخص محللاً .

وأصحهما : على ما ذكر الإمام المنع لأن المحلل هو الذي إذا فاز استبد بالمال .

وها هنا لا يستبد بل يوزع المال عليه وعلى أصحابه لو فازوا ، ولو اشتمل كل حزب على محلل على الصورة المذكورة ، قال الإمام : فيه وجهان مرتبان .

وهذه الصورة أقرب إلى الصحة ؛ لاشتمال كل حزب على محلل، والوجه المنع ، فإن المحلل من يفوز بالإسباق . انتهى كلامه .

وما ذكره في آخر المسألة من أن الوجه المنع هو من تتمة كلام الإمام ، فإنه هكذا ذكر ، وصرح بنقله عنه الرافعي في « الشرح الصغير » فقال : قال الإمام : والوجه المنع . هذا لفظه .

والمعنى : أن هذه الصورة وإن كانت أولى بالصحة من الأولى ، فإن المتجه فيها أيضًا هو البطلان .

إذا علمت ذلك فقد صحح النووي في « أصل الروضة » البطلان في المسألتين كما رجحه الإمام .

قوله : إذا اختلف جنس ما يرمي به كالسهام مع المزاريق ففيه وجهان

كالوجهين في المسابقة على الإبل والخيل ، وهذه الصورة أولى بالجواز ، ومع هذا فالجواب في « المهذب » : المنع . انتهى .

وليس في كلامه ترجيح لشيء في مسألتنا وهي السهام مع المزاريق ، وإن كان الصحيح الامتناع بين الخيل والإبل ، فإن حاصل كلامه :أنّا إن منعناه هناك فهاهنا وجهان ، فإن هذا هو معنى الأولوية ، والراجح : عدم الصحة ، كذا رجحه الرافعي في « الشرح الصغير » ، فقال: ومع هذا الترتيب فالأشبه المنع . هذا لفظه .

وصححه أيضًا النووي في « الروضة » ولم يُنَبِّه فيها على أنه من «زوائده» فتفطن له .

قوله : ولو شرطا ما هو واجب في العادة كإصابة الحاذق واحدًا من مائة ففي صحة العقد وجهان : أحدهما : المنع ، فإن هذه المعاملة ينبغي أن يكون فيها خطر ليسعى العاقد ويتأنق في الرمي بمشاهدة رميته . انتهى كلامه .

ولم يذكر الرافعي في هذه المسألة غير ذلك وهو كلام ناقص وغير منتظم .

أما نقصانه : فواضح وهو عدم التعرض للوجه الثاني وتعليله وهو أولى بالذكر من الأول ؛ إذ هو أخفى توجيهًا منه خصوصًا مع تعبيره بقوله : أحدهما ، فإنه يستدعي ذكر الثاني ، وأما إذا أرادوا الاقتصار على تعليل واحد فيقتصرون على الأغمض ، ويعبرون بقولهم مثلاً : وجه المنع أو نحوه .

وأما عدم انتظامه : فلأن ما ذكره في آخر كلامه من مشاهدة الرمي فلا ارتباط له بهذا الكلام فتأمله ، وقد ظهر الساقط بحمد الله تعالى من كلام

«الشرح الصغير » فإنه قال : وجه المنع أن هذه المعاملة ينبغي أن يكون فيها خطر ليسعى العاقد ويتأنق في الرمي ، والأصح عند جماعة منهم صاحب «الكتاب » أنه يصح ليتعلم الرمي بمشاهدة رميه . هذا لفظه .

فسقط من الرمي إلى الرمي من الناقل من المسودة فلزم إخلال النُّسخ .

وقد اختصر النووي في « الروضة » هذا الموضع باجتهاده فإنه قال : ففي صحة العقد وجهان :

وجه المنع : أن هذا العقد ينبغي أن يكون فيه خطر ليتأنق الرامي في الإصابة . هذا لفظه . فأسقط من التعليل الكلام المشكل وهو الأخير وأتى بالباقي بصيغة لا تستدعي ذكر الوجه الآخر وتعليله .

ولقد أحسن في هذا الاختصار حيث لم يتفطن للساقط ولا يكلف الله نفسًا إلا وسعها .

وسكت الرافعي والنووي عما لو شرط إصابة تسعة من عشرة ، وقد ذكرها الشيخ في « التنبيه » وحكى فيها قولين وصحح المنع كما في عشرة من عشرة .

قوله : ثم كتب كثير من الأصحاب ، منهم العراقيون مصرحة بأنه لابد من ذكر ما يريدان من القرع والخزق والخسق بخلاف الخرم والمرق فإنهم لم يشترطوا التعرض لهما .

والأصح ما ذكره البغوي : أنه لا يشترط ، قال : وإذا أطلقا العقد حملا على القرع ، لأنه المتعارف . انتهى .

تابعه في « الروضة » على نقله عن العراقيين .

واعلم أن الماوردي والشيخ في « المهذب » بعد ذكرهما اشتراط بيان

الثلاثة، قالا : إنهما إذا أطلقا حمل على القرع ، وهو يدل على أن التنصيص عليه إنما هو على جهة الأولوية عندهم .

قوله : وهل يشترط في العقد التعرض للمحاطة والمبادرة ؟ فيه وجهان:

أحدهما : نعم ويفسد إذا تركاه لتفاوت الأغراض فإن من الرماة من يكثر الإصابة في الابتداء ويقل في الانتهاء ، ومنهم من هو على عكس ذلك .

وأصحهما على ما ذكر صاحب « التهذيب » : أنه لا يشترط ، وإذا أطلقاه حمل العقد على المبادرة ، فإنها الغالب من المناضلة . انتهى كلامه .

وقد اختلف تصحيحه في هذه المسألة ، وصحح في « الشرح الصغير»: أنه لا يشترط ، وعَبَّر : بالأصح ولم ينقله عن صاحب « التهذيب » .

وجزم في « المحرر » بأنه يشترط ، فقال : فصل : يشترط في المناضلة بيان أنهما يرميان مبادرة أو محاطة (١) . هذا لفظه .

واختلف كلام النووي أيضًا في هذه المسألة ، فإنه جزم في « المنهاج » بمثل ما في « المحرر » وأطلق في « الروضة » تصحيح عدم الاشتراط .

قوله : ويشترط العلم بالمسافة التي يرميان إليها فإن لم يكن للرماة عادة فلابد من البيان في العقد وإن كان بأن كانت لهم هناك مرمى معروفة فقولان الراجح : أنه لا يشترط وينزل العقد على العادة .

ثم إن المسألة على ثلاثة أقسام :

أحدها : ما يتوقع فيه الإصابة ويقرب .

والثاني : ما تمتنع الإصابة فيها في العادة .

والثالث : ما تعذر فيها الإصابة . انتهى ملخصًا .

---

(١) بأن تزيد إصابته على إصابة الآخر بكذا .

فيه أمران :

أحدهما : أنه أهمل قسمًا رابعًا وهو : أن تتحقق الإصابة ، وقد ذكر هذه الأقسام الأربعة في عدد الإصابة ، وقد سبق الكلام على هذا القسم بعينه في المسألة السابقة ، وذكرت فيه ما حاصله : رجحان الجواز فراجعه، ولا شك أن الرافعي تركه نسيانًا .

الأمر الثاني : أن الرافعي قد ذكر قبل ذلك أوجهًا في اشتراط بيان النوع الذي يرمي به كالقوس العربي والفارسي .

أصحها وهو قول الأكثرين : أنه لا يشترط سواء غلب نوع أم لا ؛ لأن الاعتماد على الرامي ، وحينئذ فإن اتفقا على نوع وإلا فيفسخ العقد .

والثاني : يشترط مطلقًا لاختلاف الغرض .

والثالث : إن غلب في موضعهما نوع صح ونزل العقد عليه وإلا فيبطل. انتهى .

وهذا مخالف لما ذكره في اعتبار المسافة بالنسبة إلى العادة ، وذكر أيضًا أنه هل يجب التعرض لعدد الرمي أم لا ؟

قال : فيه ثلاثة أوجه :

الأكثرون : على أنه يشترط لأن الإرشاق في المناضلة كالميدان في المسابقة .

والثاني : لا لأنه قد لا يستوفي الإرشاق لحصول المقصود في خلالها .

والثالث : يشترط ذلك في المحاطة لينفصل الأمر وتتبين نهاية العقد دون المبادرة . انتهى .

فقد صحح ها هنا اشتراطه مطلقًا من غير تعرض لعادة غالبة وغيرها .

وذكر أيضًا نحوه في اشتراط البادئ منهما ، ولم يصحح الرجوع إلى

العادة في تقديم مخرج المال ، وهما أيضًا مخالفان لكل واحد من الموضعين السابقين .

والمتجه استواء الجميع في اعتبار العادة أو عدم اعتبارها .

واعلم أن صاحب « التنبيه » ذكر أن الرمي ينقسم إلى محاطة ومبادرة ومناضلة ، ولم يتعرض الرافعي وغيره إلا للقسمين الأولين .

قوله في « الروضة » في الكلام على المسألة : وهل يشترط ذكر الإرشاق وبيان عددها في العقد ؟

فيه طريقان : المذهب وبه قطع عامة الأصحاب ، يشترط ذلك في المحاطة والمبادرة ليكون للعمل ضبط .

والإرشاق في المناضلة كالميدان في المسابقة .

والثاني : فيه ثلاثة أوجه ذكرها الإمام ،وجعلها الغزالي أقوالاً: أحدها : هذا ... إلى آخر ما سبق .

واعلم أن الغزالي ـ رحمه الله ـ في « البسيط » قد جعل الخلاف أوجهًا كما جعله إمامه .

وإنما ذكر أنها أقوال في « الوسيط » خاصة، وهكذا قيد الرافعي أيضًا ، وأطلق النووي النقل عنه فتوجه عليه الاعتراض .

على أن الغزالى وغيره من المراوزة لم يلتزموا التفرقة بين الأوجه والأقوال ، وإنما اللفظان عندهم لمطلق الخلاف ، فليس في التعرض لهذا النقل عنه كثير فائدة .

قوله : الثاني : ذهب الإمام والغزالي إلى أنه لا يشترط استواء الحزبين في العدد حتى يجوز أن يكون أحد الحزبين ثلاثة والثاني أربعة والإرشاق مائة، وأن يرامي رجل رجلين أو ثلاثة فيرمي هو ثلاثة وكل واحد منهم واحد .

وذهب صاحب « المهذب » و « التهذيب » وغيرهما إلى المنع . انتهى ملخصًا .

ذكر نحوه في « الروضة » أيضًا ، والأكثرون على ما صرح به الرافعي في « الشرح الصغير » على الثاني .

قوله : ولا يجوز أن يعقدا قبل تعيين الأعوان ولا وجه لالتزام الرماة في الذمة ، نَصَّ عليه القفال والأئمة .

فيختار زعيم واحدًا والزعيم الآخر في مقابلته واحدًا ، ثم الأول واحدًا ثم الآخر واحدًا إلى أن يستوعبوا .

ولا يجوز أن يختار واحدًا جميع الحزب أولاً ، لأنه لا يؤمن أن يستوعب الحذاق ولا يجوز أن يعينا الأصحاب بالقرعة لأنها قد تجمع الحذاق ، في أحد الجانبين وفي الثاني الخرق ، وأيضًا فالقرعة لا مدخل لها في عقود المعاوضات ، وكذلك لا تجوز المسابقة على أن من خرجت منهم ، فقد قال الإمام : لا بأس به ، فإن القرعة بعد أن تعدل الحصص والأقساط معهودة، والذي أورده صاحب « المهذب » و « التهذيب » وغيرهما المنع لأن تعيين المعقود عليه بالقرعة في المعاوضات لا يجوز .

هذا ما ذكروه ، ولك أن تقول : قد تقرر أن العقد لا يجوز قبل التعيين وحينئذ فقولهما لا يجوز التعيين بالقرعة وإنما التعيين بالاختيار ، إما أن يريد به : أن مناضلة الحزبين على أن يكون مع كل زعيم الذين تخرجهم القرعة له لا يجوز ، أو يريد به: أن المناضلة على عين من أخرجته القرعة لا يجوز ، إن أراد الأول : فالمناضلة على من يختاران من بعد وجب أن لا يجوز أيضًا كما في سائر العقود ، وإن أراد الثاني : وجب أن يحكم بالجواز ، فإنهما إذا اختارا بلا قرعة وعقدا يجوز ، فإذا خرجت القرعة ورضيا بمن أخرجته وعقدا عليهم وجب القول بالجواز .

فإذا لا فرق بين التعيين بالاختيار والتعيين بالقرعة . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن ما ذكره من كونه لا يجوز أن يختار واحدًا ولا جميع الحزب ولا التعيين بالقرعة مخالف لما ذكره في أثناء السؤال الذي أورده على «المهذب» و «التهذيب» فإن فيه الجزم بالجواز ، وسيأتيك واضحًا إن شاء الله تعالى في الكلام عليه ، أعني على السؤال .

نعم صرح الماوردي وغيره في الاختيار بما قاله الرافعي وعلله بأنه يختار الحذاق خاصة فيفوت المقصود من المسابقة وهو التحريض ، وقياس القرعة كذلك . وقد يفرق بأن القرعة قد لا تؤدى إليه .

والحذق المذكور أولاً في كلام « الرافعي » : هو بالحاء المهملة المضمومة والذال المشددة المفتوحة جمع حاذق وهو الماهر الفطن .

والخرق المذكور ثانيًا بالخاء المعجمة المضمومة والراء الساكنة جمع أخرق كأحمر وحمر ، والأخرق : قليل المعرفة بالأمور .

الأمر الثاني : في الكلام على قول الرافعي : وكذلك لا تجوز المسابقة على أن من خرجت منهم ، فقد قال الإمام : لا بأس به . . . إلى آخره ، فإنه كلام ملبس ، والمراد ما ذكره في « الروضة » فإنه عبر بقوله : ولهذا لا تجوز المناضلة على تعيين من خرجت القرعة عليهم ، وقال الإمام : لا بأس به ، هذه عبارته .

وهو مراد الرافعي ، إلا أن في تعبيره عجمة مع ما حصل في النسخ أيضًا من تغيير بعض الحروف كتعويض اللام الداخلة على ذلك بالكاف . والواو الداخلة على قد بالفاء ، وغير ذلك .

ولو عبر النووي بقوله : من تخرج القرعة « عليهم » عوضًا عن :

«خرجت » ، لكان أظهر في المراد .

الأمر الثالث : أن ما نقله الرافعي عن الإمام من جواز عقد المسابقة على من تخرجه القرعة قد تابعه عليه في « الروضة »، وهو غلط عجيب فإن الذي ذكره الإمام أن التعيين قبل عقد المسابقة لابد منه ، وأن التعيين إن كان بالقرعة فينبغي العدل في الحزبين أولاً قبل الإقراع بينهما ، ثم حكى ما قاله الرافعي احتمالاً ، وصرح بأنه بعيد .

فقال : ومما ذكره الأئمة في اعتبار التعديل أنهم إذا كانوا يقتسمون الأعوان فلا ينبغي أن تحكم القرعة ، فإن القرعة تعدل وتجور ، فقد تجمع الحذق في جانب والخرق في جانب ، بل الوجه أن يقتسموا على اعتدال فيضم حاذق إلى أخرق ، وكذا في الجانب الثاني حتى إذا أرادوا بعد ذلك القرعة فلا بأس ، فإن القرعة تستعمل في القسم بعد تعديل الحصص والأقساط ، ثم قال : فنقول : إن اقترعوا ثم أنشأوا رضًا بما أمضته القرعة فلا بأس فإنهم لو تحكموا بذلك جاز ، وإن قالوا : رضينا بما تقتضيه القرعة ثم فرض رجوع عن هذا الرضا جاز ، وإن استمروا على الرضا ولم ينشئوا رضا بعد انفصال الأمر بالقرعة فالظاهر أن ذلك الرضا غير صحيح ، فإنه في حكم المتعلق بما سيكون وتعليق الرضا باطل ، ولا يمتنع أن يحتمل في معاملة مبناها على الخطر .

والأَوْجَه : المنع ، والاحتمال بعيد .

وحينئذ ، فإن فرض الاقتراع بعد العقد فالعقد باطل ، لما قدمناه من اشتراط نزوله على معينين ، وإن فرض قبل العقد فالعقد يرد على معينين فلتكف القرعة إذا كان التراضي يقع بعدها لأن من ضرورة [إنشاء] [1] العقد الرضا باللذين تقع الإشارة إليهم .

---

(١) سقط من أ .

هذا كلام الإمام ، وقد علم به أن ما نقله عنه الرافعي وهم عجيب سببه أنه نظر إلى أول الكلام فقط ذاهلاً أيضًا عن المراد به .

الأمر الرابع : أن السؤال الذي أورده الرافعي سؤال فاسد فلنتكلم أولاً على مدلوله ثم على الاعتراض عليه .

فنقول : أما مدلوله فصحيح ،وهو أن صاحب « التهذيب » و «المهذب» إن أرادا :أن عقد المناضلة لا يجوز على من تخرجه القرعة في المستقبل بعد العقد فهو مسلم، لكن التعبير بالاختيار كذلك أيضًا ، فإن المتسابقين لو عقدا المناضلة على من يختارانه بعد ذلك لم يجز ،لأنه قد تقرر أن العقد لا يجوز قبل التعيين ، فإن أرادا : أنه لا يجوز عقدها على من خرجت عليه القرعة في الماضي وصار متعينًا بالقرعة فهو ممنوع ، بل يجب القول بالجواز، فإنهما إذا اختارا من غير قرعة ثم عقدا يجوز فكذلك إذا رضينا بمن أخرجته القرعة وعقدا عليه ، فلزم أن لا فرق بين التعيين بالقرعة والتعيين بالاختيار . هذا معنى كلامه وهو صحيح ، وحاصله أنهما مسألتان :

إحداهما : أن التعيين الطارئ هل يكفي لصحة العقد المتقدم ؟

[**والثانية** : أن التعيين المتقدم] (١) هل يصح إيراد العقد عليه ؟

وأما الكلام على الذي يرد على السؤال : فهو إيراد على ما قاله صاحب « المهذب » و « التهذيب » هنا ، وما قالاه في [أول] (٢) الكلام تبعًا للأصحاب لا بالتنصيص عليها بخصوصها : أن التعيين بالاختيار لا بالقرعة ، وحينئذ فنقول :ما قاله الرافعي على تقدير إرادة الأول صحيح .

وأما التقدير الثاني: وهو أن يريد أن الذي أخرجته القرعة لا يجوز إيراد عقد المسابقة عليه ، فالذي رده به وهو جواز عقدهما على ما يختاراه من

---

(١) سقط من ب .
(٢) سقط من أ .

غير قرعة فاسد ، فقد سبق أن الاختيار الجائز أن يختار هذا واحدًا وذاك واحدًا إلى استيعاب الجماعة ، وأن أحد الزعيمين ليس له اختيار أصحابه أولاً ، وحينئذ فالقرعة ليست نظير ذلك ؛ لأنها قد تخرج على الحذاق جميعهم .

قوله : فإذا أنضل أحد الحزبين فيقسم المال بينهم على عدد رؤوسهم أو على عدد الإصابات ؟ فيه وجهان : أشبههما وهو المذكور في « الكتاب » وحكى الإمام القطع به : أنه يقسم على عدد رؤوسهم . انتهى كلامه .

وما ذكره من ترجيح القسمة على عدد الرؤوس ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضًا وعبر بمثل ما عبر به هنا ، ثم خالف في « المحرر » فرجح الوجه الآخر ، فقال : وهل يقسم المال بينهم على عدد رؤوسهم أو بحسب الإصابة ؟ فيه وجهان : أشبهما : الثاني . هذا لفظه .

وهو اختلاف عجيب حيث عبر بالأشبه في الموضعين ، والذي يظهر أن الرافعي أراد الأول فسبق القلم إلى الثاني لقرينة ما ذكرناه مع عدم نقله لترجيح مقابله عن أحد .

ووقع هذا الاختلاف أيضًا بين « الروضة » و « المنهاج » ، وصرح بلفظ : « الصحيح » فيهما عوضًا عن « الأشبه » .

قوله : هذا إذا أطلقوا العقد ، فإن شرطوا أن يقسموا على الإصابة فالشرط متبع وللإمام فيه احتمال . انتهى .

واعلم أن الإطلاق يقتضي التساوي في المال المخرج ، ومع ذلك ففي شرط التفاوت فيه وجهان ومسألتنا نظيره .

قوله : ولو انصدم السهم بالأرض ثم ازدلف ـ أي انتقل ـ وأصاب الغرض حسب له على الأصح ، وقيل : لا يحسب . انتهى .

وإذا قلنا : بأنه لا يحتسب له فلا يحتسب عليه أيضًا ، ذكره الشيخ في

« التنبيه » .

قوله في «أصل الروضة » : ولو ازدلف ولم يصب الغرض حسب عليه على الأصح . انتهى كلامه .

وما صححه من الحسبان عليه قد خالفه في « تصحيح التنبيه » فصحح أنه لا يحسب عليه ، وليست المسألة في « المنهاج » .

قوله : أما إذا قالا : يرمي عشرين رشقًا على أن يسقط الأقرب الأبعد فمن فضل له خمسة فهو ناضل ، فهو صحيح والشرط متبع على المذهب ، ثم قال:فإذا وقع سهم أحدهما بقرب الغرض وأصاب سهم الآخر الغرض ، فالمنقول : أن الثاني يسقط الأول كما يسقط الأقرب الأبعد .

ولك أن تقول : ينبغي أن ينظر إلى لفظ الشرط في العقد إن كان الشرط إسقاط الأَسَدّ أو الأصوب غيره فهذا ظاهر ، وكذا إن كان الشرط إسقاط الأقرب الأبعد على معنى الأقرب إلى الصواب ، وأما إذا كان الشرط إسقاط الأقرب إلى الغرض الأبعد عنه ، فينبغي أن يتساويا لأن الموصوف بأنه أقرب إلى الغرض وأبعد عنه ينبغي أن يكون خارجًا عنه ، وهما جميعًا في الغرض . انتهى كلامه .

والذي قاله يجاب عنه:بأن هذا أَسَدّ فاعتبر ، كما إذا شرط الخسق فمرق. وقد صرح البغوى وابن الصباغ بالصورة الثانية ، وأجابا بما تقدم ، وأشارا إلى هذا الجواب .

قوله في « أصل الروضة » : ولو هبت الريح فنقلت الغرض إلى موضع آخر ، فأصاب الموضع المنتقل عنه حُسب له إن كان الشرط الإصابة ، ثم قال: ولو أصاب الغرض في المكان المنتقل إليه حُسب عليه لا له . انتهى .

وما ذكره من أنه يحتسب عليه عند إصابة الغرض يؤخذ منه الحسبان

عليه بطريق الأولى إذا لم يصبه .

إذا علمت ذلك فقد خالف في « المنهاج » فقال : ولو نقلت ريح الغرض ، فأصاب موضعه حسب له وإلا فلا يحتسب عليه . هذا كلامه .

والمسألة مذكورة في أكثر نسخ « المحرر » على الصواب ، وفي بعضها كما في « المنهاج » فلعلها الواقعة له .

قوله : ولو عقد المناضلة في الصحة ودفع المال في مرض الموت ، فهو من رأس المال إن جعلناها إجارة ، وإن قلنا : جعالة فوجهان ، ولو ابتدأ العقد في المرض فيحتمل أن يحسب من الثلث ، ويحتمل أن ينبني على القولين . ذكره في « البحر » . انتهى .

قال في « الروضة » : الأصح أو الصواب القطع بأنه من رأس المال في الصورتين ، سواء قلنا إجارة أو جعالة ؛ لأنه ليس بتبرع ولا محاباة فيه وإذا كان ما يصرفه في ملاذ شهواته من طعام وشراب ونكاح وغيره مما لا ضرورة إليه ولا ندبه الشرع إليه محسوبًا من رأس المال فالمسابقة التي ندب الشرع إليها ويحتاج إلى تعلمها أولى .



كتاب الأيمان

وفيه ثلاثة أبواب :

الباب الأول : في نفس اليمين

قوله : ينعقد اليمين على المستقبل والماضي ، فإن حلف على ماض كاذبًا وهو عالم فهي اليمين الغموس ، سميت بذلك لأنها تغمس صاحبها في الإثم أو في النار . انتهى .

وما اقتضاه كلامه من انعقاد يمين الغموس قد تابعه عليه في «الروضة» ،

وذكر ابن الصلاح في « مشكل الوسيط » : أنها غير منعقدة عندنا ، وأنا نوافق أبا حنيفة في عدم انعقادها ، قال : ونحن نعتبر في وجوب الكفارة مجرد العقد والحنث ، وقد وجد أولاً تعبير الانعقاد أي تعبير عقدها لا انعقادها ، وذكر الماوردي نحوه فقال : فإذا ثبت وجوب الكفارة في اليمين الغموس ففي يمين محلولة غير منعقدة أولى ، هذه عبارته .

قوله في « الروضة » : ويستحب للمخاطب إبرار الحالف فإن لم يفعل وحنث الحالف لزمه الكفارة . انتهى .

والذي يلزمه الكفارة هو الحالف لا المحلوف عليه خلافًا لأحمد .

ولفظ « الروضة » موهم ، وقد استدرك على الرافعي فقال : هذا إذا لم يكن في الإبرار مفسدة بأن يضمن ارتكاب محرم أو مكروه ، وكلامه يقتضي : أن المستحب الذي لا يكره تركه يستحب إبرار الحالف على تركه ، وليس كذلك فسيأتي في الباب الثاني أن الحلف على تركه والإقامة عليها مكروهان .

فإذا كان الأمر كذلك في حق نفسه فبطريق الأولى في حق غيره .

قوله من « زوائده » : ويكره السؤال بوجه الله تعالى ورد من سأل به للحديث المعروف فيهما .انتهى كلامه .

والحديثان المشار إليهما ما رواه أبو داود عن جابر أن رسول الله ﷺ قال: « **لا يسأل بوجه الله إلا الجنة** » (١).

وروى أبو داود أيضًا بأسانيد الصحيحين : « **من سأل بالله تعالى فأعطوه**»(٢) ، وقد علمت من الحديث الأول استثناء الجنة ، وقد صرح به المصنف في «الأذكار » .

قوله : وإذا عقد اليمين بمشيئة الله تعالى لم يحنث ، وهل نقول : اليمين منعقدة ؟ منهم من قال : نعم ، لكن المشيئة غير معلومة فلا يحكم بالحنث ، هكذا نقل القاضي الروياني .

ومنهم : من يطلق القول بأنها غير منعقدة ، وهكذا نقل صاحب «التهذيب» . انتهى .

لم يصحح منهما شيئًا في « الروضة » أيضًا ، والصحيح عدم الانعقاد كما قاله البغوي كذا جزم به الرافعي في الباب الرابع من أبواب الطلاق فقال: وكذا يمنع الاستثناء انعقاد التعليق كقوله : أنت طالق إذا دَخَلْت الدار إن شاء الله تعالى . ويمنع انعقاد النذر واليمين وصحة العفو عن القصاص والبيع وسائر التصرفات،وذكر في « المحرر » و « المنهاج » نحوه.

---

(١) أخرجه أبو داود (١٦٧١) والبيهقي في « الكبرى » (٧٦٧٨) وابن عدي في « الكامل » (٣ / ٢٥٧) من حديث جابر ﷺ ، بسند ضعيف ، ضعفه الألباني وجماعة .

(٢) أخرجه أبو داود (١٦٧٢) والنسائي (٢٥٦٧) وأحمد (٥٣٦٥) وابن حبان (٣٤٠٩) والبخاري في « الأدب المفرد » (٢١٦) والطبراني في « الكبير » (١٣٥٣٩) وابن أبي شيبة (٤ / ٤٤٧) والبيهقي في « الكبرى » (٧٦٧٩) والحاكم (١٥٠٢) والطيالسي (١٨٩٥) وأبو نعيم في « الحلية » (٩ / ٥٦) وعبد بن حميد (٨٠٦) والقضاعي في « مسند الشهاب » (٤٢١) من حديث ابن عمر . وصححه الحاكم والألباني .

قوله : فإن قصد الاستثناء في خلال اليمين ففيه وجهان ذكرناهما في كتاب الطلاق ،وممن صحح هذا الاستثناء: الداركي والقاضيان أبو الطيب والروياني ، وممن لم يصححه: أبو الحسن ابن المرزبان وابن كج . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن الخلاف الذي أشار إليه الرافعي في الطلاق محله في أول الباب الرابع المعقود للاستثناء ، والخلاف الذي هناك غير الخلاف المذكور هنا، فإن الخلاف هناك محله إذا وجدت منه الاستثناء بعد فراغ اليمين ، ومحله هنا إذا وجدت النية في أثنائها ، فهما مسألتان فراجعه من هناك .

الأمر الثاني : أن نُسخ الرافعي عارية من الواو بين أبي الحسين وابن المرزبان على جعل الثاني بدلاً من الأول ، فإن ابن المرزبان كنيته أبو الحسين، وأتى في « الروضة » بابن القطان عوضًا عن أبي الحسين ، وجعلهم ثلاثة وليس الأمر كذلك، وإن كان ابن القطان كنيته: أبو الحسين .

قوله من « زوائده » : والصحيح تعميم الاستثناء للحمل . انتهى .

وهذه المسألة قد ذكرها رحمه الله في ثلاثة مواضع :

أولها : في الوقف .

وثانيها : في الباب الرابع من أبواب الطلاق .

وثالثها : في هذا الموضع .

واختلف فيها كلامه وكلام الرافعي فراجعه مما سبق .

قوله : وقول القائل:إن فعلت كذا فأنا يهودي ، أو بريء من الله تعالى ، أو من رسول الله ، أو من الإسلام ، أو من الكعبة ، أو مستحل الخمر يتضمن تعظيم الإسلام وإبعاد النفس عن اليهود ، ثم قال : هذا إذا قصد القائل تبعيد النفس عن ذلك ، فأما من قال ذلك على قصد الرضى باليهود

وما في معناه ، إذا فعل ذلك الفعل فهو كافر في الحال . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره في القسم الأول من اشتماله على تعظيم الإسلام وإبعاد النفس عن اليهود ، قد ذكر قريبًا منه في « الروضة » ، وهو يقتضي أن لا يكون حرامًا ، ثم خالف ـ أعني : النووي ـ في كتاب «الأذكار » فجزم بالتحريم ، فقال في آخر الكتاب : فصل : يحرم أن يقول إن فعلت كذا فأنا يهودي أو نصراني أو بريء من الإسلام أو نحو ذلك ، فإن قاله وأراد حقيقة فعله وخروجه عن الإسلام بذلك ، صار كافرًا في الحال ، وجرت عليه أحكام المرتدين ، وإن لم يرد ذلك لم يكفر لكنه ارتكب محرمًا فتجب عليه التوبة ، هذه عبارته .

وذكر أيضًا الماوردي في « الحاوي » ما حاصله : التحريم على وفق ما في «الأذكار » ـ فليؤخذ به .

الأمر الثاني : أن كلام « الشرح » و « الروضة » ساكت عن حالة الإطلاق كمن مات عقب ذلك أو غاب وتعذر مراجعته ، هل نحكم بالكفر فيها أم لا ؟ والقياس يقتضي التكفير إذا عري عن القرائن الحاملة على غيره؛ لأن اللفظ بوضعه يقتضيه ، وكلام النووي السابق نقله عن «الأذكار» يقتضي أنه لا يكفر بذلك ، والقياس خلافه .

قوله : وأما : تالله بنقطتين من فوق فمنهم من قال : ليس بيمين ، والأظهر : القطع بأنه يمين ، واختلفوا في تأويل الأول ، فمنهم من حمله على ما إذا قال له القاضي : قل : بالله ، الموحدة فأتى بالمثناة لا تحسب للمخالفة ، قال القفال بخلاف العكس ، فإنه يحسب لكثرة استعماله ، ولو أمره بالموحدة فأتى بالواو ، قال الإمام : فيه تردد لأنهما لا يكادان يتفاوتان في مجرى الكلام ولا يمتنع أن لا يحسب للمخالفة ، وهذا المعنى يأتي أيضًا في

صور القفال . انتهى .

واعلم أن التردد الذي ذكره الإمام ذكره القاضي الحسين ، وطرده في ما إذا أمره بالموحدة فأتى بالمثناة ، وجميع ما نقلته عن الرافعي ليس فيه لفظة «يحنث» بالمثلثة في آخره ، بل «يحسب» بالسين ، فاعلم كل ما ذكرته .

قوله : لو قال : بالله ، فشدد اللام كما كانت وحذف الألف بعدها فهو غير ذاكر لاسم الله تعالى ، ولا حالف لأن البلة هي الرطوبة ، فلو نوى بذلك فقال « الشيخ أبو محمد » و « الإمام » و « الغزالي » : هو يمين ويحمل حذف الألف على اللحن ؛ لأن الكلمة تجري كذلك على ألسنة العوام والخواص . انتهى .

وقد وافق في « الروضة » على خطأ إطلاق هذه اللفظة لهذا المعنى ولكن نازع في تسميته لحنًا فقال : ينبغي أن لا يكون يمينًا لأن اليمين لايكون إلا باسم الله تعالى أو صفته ، ولا يُسلم أن هذا لحن لأن اللحن مخالفة صواب الإعراب ، بل هذه كلمة أخرى ، وما ذكراه معًا ليس كذلك بل هي لغة أخرى حكاها الزجاجي وكذا حكاه عنه « ابن الصلاح».

قوله : النوع الثالث : ما يطلق في حق الله تعالى وفي حق غيره ولا يغلب استعماله في الطرفين كالنبي والموجود والحي والمؤمن والكريم وما أشبهها ، فلا يكون يمينًا إن نوى به غير الله تعالى أو أطلق ، فإن نوى به الله تعالى فالذي أورده صاحب «المهذب» و « التهذيب » وغيرهما : أنه يكون يمينًا ، ثم قال : والأظهر وبه أجاب الشيخ أبو حامد وابن الصباغ والعراقيون وتابعهم الإمام والغزالي : أنه لا يكون يمينًا ، ووجهوه بأن اليمين إنما ينعقد إذا حلف باسم مُعَظّم . انتهى كلامه .

وما صححوه هنا من عدم الانعقاد ذكر مثله في « الشرح الصغير » ، وعبر : بالأظهر أيضًا ، ثم خالف في « المحرر » فجزم بالانعقاد وهو الذي

صححه النووي في كتبه .

قال المتولي : إذا حلف بالمصحف فإن قال : وحُرمة ما هو مكتوب فيه : فهو يمين ، وكذا لو قال : وحُرْمة هذا المصحف ، لأن احترامه بحرمة ما هو مكتوب فيه ، وإذا أراد الرق والجلد لم يكن يمينًا . انتهى .

قال في « الروضة » : لم يتعرض لما إذا قال : والمصحف وأطلق فهو يمين ، صرح به بعض الأصحاب وبه أفتى الدولعي ، قال : لأن الحالف إنما يقصد القرآن المكتوب فيه لا الورق والمداد . انتهى .

ومراد النووي بالإطلاق : أن لا ينوي القرآن مع كون التصوير كما ذكره يعني من حذف لفظ الحرمة .

إذا علمت ذلك ففيه أمران :

أحدهما : أن ما نقله عن الدولعي ليس مطابقًا للتصوير ، ويدل عليه التعليل الذي ذكره .

الثاني : أن ما قاله في « الروضة » من كونه يمينًا عند الإطلاق مع حذف لفظة « الحرمة » خلاف المشهور .

فقد جزم القاضي الحسين في « تعليقه » و « فتاويه » بأنه لا يكون يمينًا ، ورأيته في أوائل « شرح التلخيص » للشيخ أبي علي مجزومًا به ومنقولاً عن الأصحاب ، [ورأيته في « أدب القضاء » لابن أبي الدم مجزومًا به أيضًا ومنقولاً عنهم] (١) وزاد فقال : وقال : الشيخ أبو زيد : لو حلف بما في هذا المصحف لم يكن يمينًا ، لأن الذي فيه سواد وبياض ، قال : لو حلف بالذي أنزل القرآن على محمد ، ففيه وجهان : مقتضى كلام ابن الصلاح في « فتاويه » والماوردي في « الحاوي » : انعقاد الحلف بالمصحف ، وحكى

---

(١) سقط من ب .

الشيخ أبو حامد في « تعليقه » : وجهين في ما إذا حلف به ناويًا المتلو وهو القرآن .

وحكى الماوردي في « الحاوي » : وجهين في أنه هل يجزئ الحلف به عن الحلف بالله تعالى أم لا ؟

أحدهما : نعم لاشتراكهما في الحنث بهما ، والوجهان غريبان .

قوله : ولو قال : أقسمت بالله ، ثم قال : أردت به [يمينًا] (١) ماضية قُبل في الباطن ، وأما في الظاهر: فإن علم قُبل ، وإن لم يعلم: فالنص أنه يُقَبل وكذلك في إرادة الوعد كقوله : أُقسم ، وقال في الإيلاء : إذا قال : أقسمت بالله لا وطئتك ،ثم ادعى ذلك أنه لا يُقْبل ، وفي المسألتين ثلاث طرق: أشهرها قولان : أصحهما : القبول لظهور الاحتمال .

والثاني : القطع بالمنع .

والثالث : تقرير النصين ، والفرق أن الإيلاء متعلق بحق المرأة بخلاف سائر الأيمان . انتهى ملخصًا .

وما ذكره في الإيلاء من ترجيح القبول ، قد ذكر فرعين يشكلان عليه :

أحدهما : في أول هذا الباب فقال: وإذا حلف وقال :لم أقصد اليمين ، صُدِّق ، وفي الطلاق والعتاق والإيلاء لا يُصَدَّق في الظاهر لتعلق حق الغير به ، هذا لفظه .

والفرع الثاني : ذكره في آخر باب ما يقع به الحنث في أول الفروع الزائدة على فروع « الوجيز » فقال : حلف لا يدخل الدار ، ثم قال : أردت شهرًا أو يومًا ، فإن كانت اليمين بالطلاق أو العتاق : لم يقبل في

(١) سقط من ب .

الحكم ، ويلحق بهما الإيلاء لتعلقه بحق الآدمي ، [وإن كانت اليمين بالله تعالى ولم تتعلق بحق الآدمي] (١) قُبِل ظاهرًا وباطنًا . انتهى .

وتبعه في « الروضة » على هذه المواضع .

قوله : وإذا أراد اليمين بهذه الألفاظ انعقدت يمينًا واحدة ، والجمع بين الألفاظ تأكيد كقوله : والله الرحمن الرحيم ، فلا يتعلق بالحنث فيها إلا كفارة واحدة ، ولك أن تقول : إن قصد بكل لفظ يمينًا ، فليكن كما لو حلف على الفعل الواحد مرارًا . انتهى .

وما ذكره بحثًا رأيته في « الاستذكار » للدارمي نقلاً عن ابن القطان ، فقال : إذا نوى التكرار ففي تكرر الكفارة القولان في من حلف على الفصل الواحد مرارًا وطرده أيضًا في قوله : والله الرحمن الرحيم ، ونقله أيضًا في « الروضة » عنه .

قوله : وفي نذر اللجاج والغضب ثلاثة أقوال :

أحدها : تلزمه كفارة يمين .

والثاني : الوفاء .

والثالث : يتخير .

وإيراد العراقيين يقتضي أن يكون المذهب هو التخيير ، لكن الأصح على ما ذكره صاحب « التهذيب » وإبراهيم المروروذي والروياني والموفق ابن طاهر وغيرهم : وجوب الكفارة . انتهى ملخصًا .

لم يصرح في « الشرح الصغير » أيضًا بتصحيح، وصحح في « المحرر» وجوب الكفارة ، وعبر بالأصح ، ذكره في كتاب النذر ، وقد نقل في «الروضة » أيضًا هذه المسألة إلى النذر، وصحح من «زوائده» قول التخيير .

---

(١) سقط من أ .

قولـه : وأما إذا قال : إن كلـمت فلانًا ، أو فـعلت كذا فـمالي صـدقة ، فالمذهب الذي قاله الجمهور ونص عليـه الشافعي : أنه بمنزلة قوله : فعليَّ أن أتصدق بمالي ، وطريق الوفاء أن يتصدق بجميع أمواله . انتهى كلامه .

وما ذكره من أن طريقه هو الصدقة بالجمـيع . فيه كلام تعرفه قريبًا في أوائل كتاب النذر فراجعه .

فصل في لغات الباب

منها : ايم الله ،بضم الميم وكسرها ، والضم أشهر .

ومنها لاها الله : بالمد والقصر .

ومنها : نذر الغلق ، ويمين الغلق : اسم لنذر اللجاج . هو بفتح الغين المعجمة وفتح اللام . لأنه يغلق به باب الفعل أي يسده .

ومنها : رتاج الكعـبة ، براء مكسورة ثم بالمثناة من فـوق والجيم ، هو بابها ، وقيل : غـلق بابها ، وكذلك الرتج أيضًا بفتـح الراء والتاء ، وهما في اللغة اسمان للباب العظيم كما قاله الجوهري ، قال : ويقال : إنه الباب المغلق وفيه باب صغير .

الباب الثاني
في كفارة اليمين

قوله : وفي السبب الموجب للكفارة وجهان :

أحدهما : أنه اليمين إلا أنها توجب عند الحنث ، كما يوجب ملك النصاب الزكاة عند انقضاء الحول، وكأن من قال به جعل الحنث شرطًا .

وأظهرهما عند عامة الأصحاب : أن السبب هو اليمين والحنث جميعًا . انتهى .

وللخلاف فوائد منها : جواز التكفير بالصوم قبل الحنث وفيه وجهان :

إن قلنا : أنها تجب باليمين جاز ، وإن قلنا : تجب بهما وهو الصحيح فلا ؛ لأن العبادات البدنية لا يجوز تقديمها على وقتها .

ومنها : إذا أراد العبد أن يكفر بالصوم بغير إذن سيده ، وكان قد حلف بإذنه ، فإن قلنا : إنها تجب باليمين جاز ، وليس للسيد منعه .

وإن قلنا : بهما ، وهو الصحيح فلا يصح ، وللسيد منعه أيضًا .

وذكر بعضهم من فوائده أيضًا : ما إذا حلف ليفعلن كذا غدًا ، فمات قبل الغد .

فإن قلنا : إن الكفارة تجب باليمين وجبت عليه ، وإن قلنا : بهما وهو الصحيح فلا .

واعلم أن الإمام حكى وجهًا ثالثًا أن الكفارة تجب باليمين ، ووقت وجوب إخراجها الحنث ، قال: وهو كلام سخيف .

وحكى الماوردي رابعًا : أنها تجب بالحنث وحده لتعلقها بحل ما عقده ،

واليمين شرط ، قال : وهو الظاهر من مذهب الشافعي ، ثم قال : والصحيح عندي اعتبار حال اليمين ، فإن كان عقدها طاعة وحلها معصية وجبت الكفارة بالحنث وحده ، وإن كان عقدها طاعة وحلها طاعة وجبت باليمين والحنث ،ذكر ذلك في فصل أوله : فإذا ثبت وجوب الكفارة .

وهو وجه خامس ، وقد سكت عما إذا كان عقدها وحلها مباحين إلا أنه قال في هذه الصورة قبل ذلك : إن الكفارة تتعلق باليمين وإنها بالحنث أحق ، ويظهر مجيء ذلك هنا .

قوله : وإن كان الحنث بارتكاب محظور بأن حلف لا يشرب الخمر ، فهل يحل التكفير قبل الشرب ؟ فيه وجهان :

أحدهما : وبه قال ابن القاص : المنع ؛ لأنه يتطرق به إلى ارتكاب محظور ، وهذا أرجح عند صاحب « التهذيب » .

والثاني : يجوز لوجود أحد السببين والتكفير لا يتعلق به استباحة ولا تحريم ، وهذا أقيس وأظهر عند الشيخ أبي حامد والإمام والروياني وغيرهم. انتهى كلامه .

ومقتضاه ترجيح الجواز ، وقد صرح به في « الشرح الصغير » فقال : إنه أظهر الوجهين ، وصحح في « المحرر » المنع ، فقال : ولا يجوز إن كان الحنث محرمًا على الأصح ، هذا لفظه ، واستدرك عليه في « المنهاج» فصحح الجواز .

قوله : ولا يجوز تقديم كفارة القتل ، وجزاء الصيد على الجرح بحال، وعن أبي الطيب ابن شملة إثبات احتمال فيه تنزيلاً للعصمة وتحريم القتل بمنزلة أحد السببين ، وحكى ابن كج في جزاء الصيد أيضًا ، وجهًا أنه يجوز تقديمه على جرح الصيد ،ووجهًا آخرًا أنه إن كان يقتله مختارًا بلا ضرورة . لم يجز التقديم ، وإن اضطره الصيد إليه فيجوز . انتهى كلامه .

تابعه عليه في « الروضة » ، وحاصـله : أنه لا يجوز للمحرم أن يفدي الصيد [قبل جرحه ، سواء اضطره الصيد] [١] إلى القتل أم لا .

إذا علمت ذلك فاعلـم أن الصيد إذا ألجـأ المحرم إلى القتل ، فـإن كان لصيال منه فلا كفارة ، وإن كـان لافتراسه في الطريق ، ولم يتأت المشي إلا بقتله فكذلك في أصح القولين ، وحينئـذ فنقول : ما ذكره الرافعي من المنع من التقديم عند الاضطرار غـير مستقـيم ، أما في الأولى وعلي المذهب في الثانية : فلأنه لا كفارة حتى يمنع تقديمها ، وأما على القول الضعيف القائل بالوجوب : فـلأنه قد صحح بعد ذلك بدون الصـفحة في الحلق وغـيره ما يخالفه ، فقال : وإن وجد سـبب يجوزها ، بأن كان في رأسه أذى واحتاج إلى الطيب لمرض أو إلى لبس المخيط لشدة البرد ففي جواز التقديم وجهان، والظاهر الجواز . هذا لفظه .

وحينئذ فقياس الصـيد على هذا تصحيح الجواز واعلم أنه إذا اضطر إلى أكل الصيد ، أو ركبه صائل تجب عليه على الصحيح .

فإن أراد الرافعي هذه الصور ونحوها وفيه تعد لم يستقم تصحيح امتناع التقديم لـما ذكرناه من كونه كالحلق ونظائره في وجـود السبب ، بل أولى ؛ لأن السبب فـي المضطر واجب الفعل ، وكـذلك في المصول عليـه إذا كان الصائل كافراً مطلقًا ومسلمًا قصد التحريم،والطفل ونفسه على قول مشهور.

قوله : الرابعة : يجوز تعجيل المنذور إذا كان مـاليًا ، كما إذا قال : إن شفا الله مـريضى أو رد غـائبى فلله علي أن أعـتق عـبدًا أو أتصـدق بكذا يجـوز تقديم الإعتاق والصدقة على الشفاء ورجوع الغائب ، وفي « فتاوى القفال» ما ينازع فيه . انتهى كلامه .

---

(١) سقط من أ .

وما ذكره هنا من الجواز حتى أشعر كلامه باستغراب خلافه غريب .

فقد سبق منه في باب تعجيل الزكاة أن الأصح المنع ، وسبق ذكر لفظه هناك فراجعه .

قوله : المسألة الثانية : الأيمان مكروهة إلا إذا كانت [في طاعة] (١) كالبيعة على الجهاد وكما قال ﷺ : « والله لأغزون قريشًا » (٢) ، ويستثنى أيضًا الأيمان الواقعة في الدعاوى إذا كانت صادقة فإنها لا تكره . انتهى .

وما اقتضاه كلامه من عدم وجوب اليمين في الدعاوى فيه تفصيل أذكره في موضعه ، إن شاء الله تعالى .

قال في « الروضة » : ولا يكره أيضًا اليمين إذا دعت إليه حاجة كتوكيد كلام ، وتعظيم أمر كقول النبي ﷺ في الحديث الصحيح : **«فوالله لا يمل الله حتى تملوا »** (٣) وفي الحديث الآخر : **« والله لو تعلمون ما أعلم لضحكتم قليلاً ولبكيتم كثيرًا »** (٤) .

قوله : وإذا كفّر بالصوم لم يجب التتابع على الجديد ، فإن أوجبناه

---

(١) سقط من ب .

(٢) أخرجه أبو داود (٣٢٨٥) من حديث عكرمة يرفعه ، وأخرجه ابن حبان (٤٣٤٣) والطبراني في « الكبير » (١١٧٤٢) وفي « الأوسط » (١٠٠٤) وأبو يعلى (٢٦٧٤) والبيهقي في « الكبرى » (١٩٧١٢) وأبو نعيم في « الحلية » (٧ / ٢٤١) والخطيب في «التاريخ » (٧ / ٤٠٤) وابن عدي في « الكامل » (٥ / ٢٩٨) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما .

قال الشيخ الألباني : صحيح .

وأخرجه ابن حبان في « المجروحين » (٢ / ٣٠٧) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما .

وفيه محمد بن إسحاق البلخي ، قال ابن حبان : يروي عن ابن عيينة وأهل العراق المقلوبات، ويأتي عن الثقات ما ليس من حديث الأثبات كأنه كان المتعمد لها .

(٣) أخرجه البخاري (٤٣) ومسلم (٧٨٥) من حديث عائشة رضي الله عنها .

(٤) أخرجه البخاري (٤٣٤٥) ومسلم (٢٣٥٩) من حديث أنس رضي الله عنه .

فأفطرت المرأة بعذر الحيض فقد قيل : لا ينقطع التتابع ، كما في صوم الشهرين .

وقيل : ينقطع بالانقطاع ؛ لأن تبعيد الأيام الثلاثة عن الحيض ممكن بخلاف الشهرين .

وقيل : الحيض هاهنا كالمرض هناك ففي قطعه التتابع قولان ، والظاهر : أنه يقطع التتابع . انتهى .

والصحيح من هذه الطرق : طريقة القطع بالانقطاع كذا صححه النووي في « أصل الروضة » وكلام الرافعي لا يؤخذ منه ذلك ، فإن الذي ذكره إنما هو ترجيح للحكم من حيث الجملة ، ولم ينص على الترجيح في خصوصية الطرق .

قوله من « زوائده » : ويجزئ المنديل ، صرح به أصحابنا ، والمراد به هذا المعروف الذي يحمل في اليد ، وقد صرح الدارمي بأن كل واحد من المنديل والعمامة يجزئ . انتهى كلامه .

واعلم أن كثيرًا من الناس يستغرب كلام « الروضة » هاهنا فإن العمامة قد ذكرها الرافعي قبل هذا ، وأما المنديل فمصرح به في أشهر الكتب وهو «التنبيه » .

والجواب : أن كثيرًا من المشارقة الماضين وإلى الآن يطلقون المنديل على العمامة ، فنص رحمه الله على إجزاء المنديل بالاصطلاح المعروف ، وأكد دفع الاحتمال بجمع الدارمي بينهما فتفطن لذلك .

وما ذكره من الجمع بينهما ذكره أيضًا الروياني في « البحر » فقال : روى أبو يوسف ومحمد بن الحسن أن السراويل لا تجزئ لأنه تبع لغيره فرد عليهما بقوله : وهذا مبطل بالعمامة والمنديل . هذه عبارته .

لكنه حكى في « القلنسوة » ، ثلاثة أوجه .

ثالثها : إن كانت صغيرة تغطي قحف الرأس خاصة أي كالقبع والطاقية فلا تجزئ وإن كانت كبيرة تعم الرأس وتغطي الأذن والقفا فتجزئ .

ثم قال : والمذهب عدم الإجزاء مطلقًا لأنها تابعة تلبس تحت العمامة . هذا كلامه .

قوله : ولا يجزئ الدرع والخف والمكعب والجورب في أظهر الوجهين .

وفي النعل طريقان : أشبههما على ما ذكر صاحب « الكتاب » : إجراء الخلاف .

والثاني : القطع بالمنع . انتهى .

والراجح : طريقة الخلاف كما ذهب إليه الغزالي ، كذا صححه الرافعي في «الشرح الصغير » وعبر بالأظهر ، والنووي في « أصل الروضة » .

والمكعب : هو المداس .

والجورب : سبق ذكر تفسيره في مسح الخف .

والدرع : قميص لا كُمّ له .

ومن المعلوم إطلاقه أيضًا على الدرع من الحديد ، وفيه أيضًا وجهان حكاهما ابن الرفعة في « المطلب » ، وصحح المنع .

قوله من « زوائده » : قال الدارمي: فإذا دفع ما لا يعتاد لبسه كجلود ونحوها لم تجزئه . والله أعلم .

ومفهوم هذا الكلام أنه إذا اعتيد ذلك أجزأ . وقد جزم به الماوردي في «الحاوي الصغير » وحكى وجهين من غير ترجيح في ما إذا لم يعتد ذكر ذلك في الجلود واللبود والفراء .

وذكر مثله صاحب « البحر » أيضًا ، وقد تعرض الرافعي للبد ، ونقل عن الصيدلاني : إجزاءه حيث اعتيد ذلك .

قوله : ولو أعتق المكاتب عن كفارته بإذن السيد ونفذنا تصرفاته إذا صدرت عن إذنه ، قال الصيدلاني : الذي ذكره الأصحاب أن ذمته تبرأ عن الكفارة ، والذي عندي فيه أن الأمر موقوف ؛لأنه قد يعجز فيرق فيكون الولاء موقوفًا ، فوجب التوقف عن الكفارة . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على هذا النقل عن الأصحاب ، ومقتضاه تصحيح عدم التوقف ، لكنه قد صحح التوقف في كتاب الكتابة ، وسوف أذكر لفظه في موضعه إن شاء الله تعالى .

قوله : والكفارة على التراخي .

اعلم أن هذه المسألة مذكورة في الرافعي و « الروضة » في مواضع كثيرة واختلف فيها ـ إذا كان سببها معصية ـ كلامهما معًا .

وقد تقدم إيضاح ذلك في كفارة الظهار فراجعه .

قوله : أما إذا مات العبد وعليه كفارة يمين فللسيد أن يكفر عنه بالإطعام أو بالكسوة .

فإن قلنا : إن العبد لا يملك بالتمليك لأن التكفير عنه في الحياة يتضمن دخوله في ملكه ، والتكفير بعد الموت لا يستدعي ذلك وليس للسيد ملك محقق ، فإن الرق لا يبقى بعد الموت فهو والحر سواء . هذا ظاهر المذهب .

قال الإمام : ويتطرق إليه احتمال أنه لا يجوز . انتهى .

واعلم أن النووي ـ رحمه الله ـ قد علل هذا الحكم بقوله : لأن التكفير عنه في الحياة يتضمن دخوله في ملكه والتكفير بعد الموت لا يستدعي ذلك؛ لأنه ليس للميت ملك محقق ؛ ولأن الرق لا يبقى بعد الموت

فهو والحر سواء ، وهذا ما قطع به الأصحاب ، وفيه احتمال للإمام . هذا لفظه .

وقد ظهر لك أن التعليل الثاني قد تحرف عليه لفظه واشتبه ، ولزم من تحريفه ذكر ثلاث علل ، وإنما ذكر الرافعي علتين .

والتعليل الأول في كلام الرافعي مشكل بما اقتضاه كلامه في الوصية من أن الوارث إذا أعتق من مال نفسه عن ميته صح وكان الولاء للميت .

ووجه الإشكال أن إثبات الولاء متوقف على الملك ، فإن كان الأمر كما قاله هنا من أن التكفير بعد الموت لا يستدعي الدخول في الملك فلا ولاء له .

وأما التعليل الثاني : فقد نازع فيه الشيخ أبو علي السنجي فجزم بأن الرق لا يزول بالموت ، كذا رأيته في « شرح التلخيص » له .

قوله : وإذا وَفّت التركة بحقوق الله تعالى وحقوق الآدميين قضيت جميعها ، وإن لم توف نظر إن تعلق بعضها بالعين وبعضها بالذمة ، فيقدم ما تعلق بالعين سواء اجتمع النوعان أو تجرد أحدهما .

فإن اجتمع النوعان والكل متعلق بالعين أو بالذمة فيقدم أولاً حق الله تعالى أو حق الآدمي أو يتساويان ؟ فيه أقوال ذكرناها في مواضع . انتهى كلامه .

وحاصله تخصيص الأقوال بما إذا تعلقا معًا بالعين أو بالذمة حتى إذا مات وعليه زكاة والنصاب باق فتقدم الزكاة قطعًا ، وهذا الذي جزم به هنا من التخصيص قد اختلف فيه كلامه وكلام « الروضة » أيضًا .

وقد تقدم مبسوطًا في الزكاة قُبَيْل باب أداء الزكاة فليراجع منه .

قوله : وإذا لم يكن للميت تركة فتبرع الأجنبي بالإطعام أو الكسوة عنه

من مال نفسه ففيه وجهان : أظهرهما : الجواز ، ثم قال : وفي الإعتاق في الكفارة المخيرة طريقان :

أحدهما : أنه على الوجهين .

والثاني : القطع بالمنع . انتهى .

والصحيح من حيث الجملة : أنه لا يصح ، كذا صححه هنا الرافعي في «الشرح الصغير» والنووي في « أصل الروضة » ، وقد تقدم في كتاب الوصية من كلام الرافعي ما يدل عليه أيضًا .

قوله في المسألة : ووجه منع الإعتاق بمعنيين :

أحدهما : أن التكفير بغير الإعتاق متيسر فلا يعدل إلى الإعتاق لما فيه من عسر إثبات الولاء .

والثاني : أن فيه إضرارا بأقارب الميت من حيث إنهم يؤاخذون بجناية معتقه فيمنع منه الأجنبي، فإن كان المعتق وارثا فوجهان بناء على المعنيين ، إن قلنا بالأول :فيجوز وهو الأظهر،وإن قلنا بالثاني: فلا. انتهى كلامه بحروفه .

والتفريع المذكور في آخر كلامه ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضًا وهو على العكس ، والصواب أن يقول : إن قلنا بالأول : فيمتنع ، وإن قلنا بالثاني : فلا ، وقد ذكره في « الروضة » كذلك إلا أنه أهمل التصحيح فلم يذكره بالكلية وهو عجيب .

الباب الثالث: فيما يقع به الحنث

وفيه أنواع :

الأول : الدخول والمساكنة

قوله : ويجوز أن لا يعد الشخص داخلاً ولا خارجًا كما أن من دخل ببعض بدنه أو خرج ببعضه لا يحنث في يمين الدخول والخروج . انتهى .

وفي هذا الكلام تفصيل ، ذكر بعضه في أثناء الحلف على الدخول .

فنقول : كلامه هذا مشتمل على مسألتين :

الأولى : أن يكون خارج الدار فيحلف على الدخول، فينظر: إن حلف على الإتيان به فأدخل رأسه أو يده أو رجليه وهو قاعد ونحو ذلك لم يبر .

وإن أدخل رِجْلاً واحدة ، فإن اعتمد على الخارجة ـ أي كان قواه عليها بحيث لو رفع الداخلة لم يسقط فإنه لا يبر أيضًا ، كما قاله البغوي في «فتاويه» .

وإن اعتمد على الداخلة بر ، وإن اعتمد عليهما ففيه نظر .

وإن حلف على النفي فيكون الحكم بالعكس من الإثبات ، فإذا أدخل يده مثلاً أو رجله من غير اعتماد لم يحنث ، وإن كان مع الاعتماد حنث ، فإن اعتمد عليهما ففيه نظر .

ولو اضطجع وأخرج بعض بدنه فيحتمل اعتبار الأكثر بالمساحة، ويتجه اعتباره بالنقل لأن استقراره في الحقيقة عليه فأشبه الاعتماد على الرِّجْل .

قوله : والحالف على أن لا يدخل لا يحنث بدخول الطاق المعقود خارج الباب؛ لأنه لا يقال دخل ؛ وقيل : يحنث ؛ لأنه من الدار ، ألا ترى أنه يدخل في بيعها . انتهى .

والطاق في عرف أهل بغداد رحبة خارجة عن الباب عليها عقد معقود، والباب في صدر تلك الرحبة .

قال الإمام : والذي أراه أن محل الخلاف في الطاقات التي هي أمام أبواب العظماء نهيًا للأتباع الذين لا يحجبون ، فأما الأبراج التي تخرج فيه وابتدأ إلى الشارع وليست من تربيع الدار فلا يحنث بها وجهًا واحدًا .

قوله : ولو حلف لا يتزوج وهو متزوج ، أو لا يتطهر وهو متطهر ، أو لا يتوضأ وهو متوضيء فاستدام النكاح والطهارة والوضوء لا يحنث . انتهى .

ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضًا ، وجزم في « المحرر » بالحنث ، قال في « المنهاج » من « زوائده » : وهذا غلط للذهول .

والأمر كما قاله ، فقد نص الشافعي في « الأم » على عدم الحنث في هذه المسائل ، ونقله عنه القاضي أبو الطيب في « تعليقه » .

قوله في « الروضة » : وهل استدامة الطِّيب تَطَيّب ؟ فيه وجهان :

أصحهما : لا ، وذكر الوجهين في ما لو حلف لا يطأ وهو في خلال الوطء فلم ينزع ، أو لا يصوم وهو شارع في الصوم ، أو لا يصلي وهو في خلال الصلاة .

ويتصور ذلك في ما لو حلف ناسيًا . انتهى .

ومقتضى هذا الكلام تصحيح عدم الحنث في الجميع ، وليس مطابقًا لكلام الرافعي فإنه إنما عبر بقوله : وذكر وجهين أيضًا ، أعني بدون « أل » واعلم أن مسألة الصلاة لها صورة أخرى ، وهو ما إذا كان أخرس فحلف بالإشارة فإن الصلاة لا تبطل كما يعرف من كلامهم في الطلاق .

قوله : قال في « التهذيب » : لو حلف لا يغصب لم يحنث باستدامة

المغصوب في يده . انتهى كلامه .

وهذا الحكم الذي نقله عن « التهذيب » وأقره عليه مشكل ، فإنه يصدق أن يقال : غصبته شهرًا وسنة ونحو ذلك ، وقد صرح الأصحاب في باب الغصب وفي مواضع كثيرة أن الغاصب في دوام الغصب غاصب ، فوجب القطع بالحنث ، وقد جزم به الماوردي في «الحاوي » فلتكن الفتوى عليه .

وقد اغتر النووي بهذا النقل فظنه صحيحًا من جهة المعنى ، ومجزومًا به عند الأصحاب فأطلقه في « الروضة » من غير إعزائه إلى « التهذيب » فزاد الأمر خللاً وإيهامًا فليجتنب .

قوله : ولو حلف لا يسافر وهو في السفر فتوقف أو أخذ في العود في الحال لم يحنث ، وإن سافر على وجهه حنث ، وكأن الصورة في من حلف على الامتناع من ذلك السفر ، وإلا فهو في العود مسافر . انتهى كلامه .

وما ذكره من حمل العود على هذه الصورة قد تابعه عليه في « الروضة» وهو ذهول عن المنقول ، فقد جزم الماوردي في « الحاوي » بأنه لا يحنث ، وعلله بقوله : لأنه قد أخذ في ترك السفر .

وحكى وجهين في ما لو أقام بمكانه :

أحدهما : يحنث ، لبقائه على السفر .

والثاني : لا ، لِكَفِّه عن السير .

واعلم أنه لابد في الوقوف من النظر في أنه وقف ناويًا للإقامة أو قاصدًا لشيء لا يقطع السفر .

قوله : وأصح الوجهين أن الخيام في حق القروي بيت .

ثم قال : واعترض عليه بأن من حلف ببغداد وغيرها أن لا يركبن دابة ، لا يحنث بركوب الحمار ، وإن كان أهل مصر يسمونه دابة .

ولو كان بيوت العرب عند قوم تقتضي التعميم لكان يحنث . انتهى .

وهذه المسألة ـ أعني : ركــوب الحمار ـ قد أسقطــها من « الروضة » ، والحكم فيها لا يعرف إلا بتنصيص كما قاله الرافعي في الخيام ، وكما قالوه في الوصيــة أنه يعطى إليه الحــمار ، وإن كان الموصي في غــير مــصر على الصحيح .

قوله : ولو حلف لا يسكن ، فمكث مشتغلاً بأسباب الخروج ، بأن انتهض لجـمع المتاع ، وبأمـر أهله بالخروج وبلـبس ثوب الخروج فـهل يحنث ؟ فيـه وجهان :

أحـدهما وينـسب إلى العراقـيين : نعم ، لأنه أقـام فـيهـا مع التـمكن من الخروج .

وأرجحهـما عند كثيـر من المعتبرين وربما لم يذكـروا سواه : المنع وبه قال القفال ، ويؤيده ما ذكروا أنه لو خـرج في الحال ثم عاد لنقل متاع أو زيارة أو عيادة مريض لا يحنث . انتهى .

فيه أمران :

أحدهــما : أن الأصح عدم الحنث كذا جزم به في « المحرر » ، وقال في « الشرح الصغير » : إنه الأظهر .

وفي « الروضة » : إنه الأصح ، ولم يُنَبِّه فـيها على أنه من « زوائده » بل أدخله في كلام الرافعي فتفطن له .

واعلم أن كلام الرافعي يقـتضي التوقف في نسبـة الحنث إلى العراقيين، وليس فيه وقفة فإن كتبهم مصـرحة بذلك ، فقد جزم به شيخهم الشيخ أبو حامد والماوردي وابن الصـباغ وصاحب « البيان » حـتى أنهم جعلوا المسألة خلافية بيننا وبين الحنفية .

الأمر الثاني : أنه قد جعل من هذه الصور الاشتغال بلبس الثياب ، وفيه نظر ، فقد جزم الماوردي فيه : بأنه لا يحنث مع جزمه بالحنث في الاشتغال بجمع المتاع ونحوه ، وهو ظاهر فإن الاستنابة فيه ممكنة بخلاف اللبس .

قوله : فإذا قال : والله لا أساكن فلانًا ، فمكث الحالف وبنى بينهما حائلاً ولكل واحد من الجانبين مدخل أو أحدثا مدخلاً ، فوجهان :

أحدهما : لا يحنث لانشغاله برفع المساكنة ، وهذا ما رجحه في « التهذيب » .

وأصحهما عند الجمهور : الحنث ، لحصول المساكنة إلى أن يتم البناء من غير ضرورة . انتهى كلامه .

وما ذكره من ترجيح الحنث ذكر نحوه في « الشرح الصغير » أيضًا ، وأطلق الأصح من غير نقله عن الجمهور ، وخالف في « المحرر » فقال : أظهر الوجهين أنه لا يحنث ، وتبعه النووي في « الروضة » و « المنهاج » على هذا الاختلاف .

قوله في « الروضة » : الحالة الثانية : أن لا تعد المساكنة لفظًا فينظر إن نوى موضعًا معينًا من بيت أو دار أو درب أو محلة أو بلد فالمذهب والذي قطع به الجمهور : أن اليمين محمولة على ما نوى .

وقيل : إن كانا يسكنان بيتًا من دار متحدة المرافق ونوى أن لا يساكنه ، حملت اليمين عليه ، وإن لم يكن كذلك ولا جرى ذكر تلك المساكنة كقول صاحبه : ساكني في هذا البيت ، لم يقبل قوله ويحمل اليمين على الدار . انتهى كلامه .

وتعبيره بقوله : ولو نوى أن لا يساكنه حملت اليمين عليه ، قد شاهدته بخط النووي كذلك كما هو في النُّسخ أيضًا وهو غير مستقيم ، وقد سقط

منه شيء ذكره الرافعي .

فإنه قال : ونوى أن لا يساكنه في ذلك البيت ، وهذا واضح .

وقوله كقول صاحبي إلى آخره مثال لجريان تلك المساكنة فاعلمه .

قوله : ولو حلف أنه لا يصعد السماء ففي انعـقاد يمينه وجهان : أصحهما على ما نقل في « التهذيب » : المنع ، لأن الحنث غير متصور . انتهى .

صحح في « أصل الروضة » ما صححه في « التهذيب » .

النوع الثاني : لفظ الأكل والشرب

قوله في « أصل الروضة » ولو قال : لا أشرب ماء الفرات ، أو لا أشرب من الفرات ، فسواء أخذ الماء بيديه أو في إناء أو كرع فيه حنث . انتهى .

وتعبيره بقوله : لا أشرب ماء الفرات ، رأيته كذلك بخط النووي ـ رحمه الله ـ كما هو موجود في نُسخ « الروضة » وهو غلط، لأن المعروف في المذهب في ما إذا حلف لا يشرب ماء النهر أو الغدير أو غيرهما: أنه لا يحنث بشرب بعضه ، وقد ذكره قبل ذلك بنحو صفحة ، والرافعي ـ رحمه الله ـ عَبّر بقوله : لا أشرب من ماء الفرات ، بالإتيان « بمن » الدَّالة على التبعيض ومع الإتيان بها لا إشكال .

قوله : ولو قال : لا أكلم زيداً وعمراً بغير لا.فلا يحنث إلا إذا كلمهما ؛ لأن الواو العاطفة تجعل الجميع كالشيء الواحد ، وكأنه قال : لا أكلمهما ، بخلاف ما إذا كرر لا فإنهما يمينان . انتهى .

وإنما قيد العطف بالواو لأنه إن كان بالغًا كان حالفًا على كلام عمرو بعد زيد بلا مهلة حتى لا يحنث إذا كلمهما معًا أو عمرو قبل زيد أو بعده بمهلة ، ولو أتى بـ « ثم» فكذلك إلا أنه بمهلة ، هذا هو مقتضى اللفظ .

قوله : قال : لا آكل هذا الرغيف لم يحنث بأكل بعضه ، فلو بقي ما يمكن التقاطه وأكله لم يحنث . انتهى .

وهذه المسألة قد سبقت في آخر تعليق الطلاق فقال : لو علق بأكل رغيف فأكله إلا فتاتًا ، قال القاضي الحسين : لا يحنث كحبة الرمان .

وقال الإمام : إن بقي قطعة تحس ويجعل لها موقع لم يحنث.

وربما ضبط ذلك بأن يسمى قطعة خبز ، وإن دق مدركه لم يظهر له أثر

في بر ولا حنث ، والوجه تنزيل إطلاق القاضي على هـذا التفصيل . هذا لفظه فافهم منه ما يفهم .

قوله : ولو حلف لا يأكل الرؤوس أو لا يشتريـها حمل على التي تميز عن الأبدان وتباع منفردة ، وهي رؤوس الإبل والبقر والغنم .

فلا يحـنث برؤوس الصيـد أو الحيتـان ، فإن كـانت تباع منفـردة في بلده حنث بأكلها هناك ، وهل يحنث بأكلها في غير ذلك البلد ؟ فيه وجهان :

رجح الشيخ أبو حامد والروياني : المنع .

والأقوى : الحنث وهو أقـرب إلى ظاهر النص ، ويؤيده أن رأس الإبل لا يعتاد أكله وبيعه إلا في بعض المواضع والحنث يحصل به . انتهى ملخصًا .

وما ذكره هنا من رجحان الحنث ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضًا.

إذا علمت ذلك فقد وافق النووي في « الروضة » على ما قاله الرافعي، وخالف في « تصـحيح التنبـيه » فصـحح عدم الحنث ، وكـلام « المنهاج » أيضًا يوهمه .

قوله:ولو أخرجت البيضة من جوف الدجاجة وهي منعقدة فأكلها حنث ، ولو أخرجت بعد موتها فأكلها فـفي « تعليقة المروروذي » ذكر وجهين فيه . انتهى .

والأصح كما قاله في « زوائد الروضة » : هو الحنث .

قوله من « زوائده » : ولو حلف على الخـبز فأكل الرقاق والبقـسماط أو البسيس . انتهى .

هكذا ذكر رحمه الله التصوير بدون الحكم وترك بياضًا .

فأما البسيس : فهو أن يلت السويق أو الدقيق أو الأقط المطحون بالسمن أو بالزيت ثم يؤكل من غير طبخ ، كذا ذكره الجوهري .

وأنشد عليه قول الراجز :

لا تخبزا خبزًا وبسابسًا

ولا تطيلا بمناخ حبسًا

وإذا علمت ما ذكره تفسيرًا واستدلالاً قطعت أنه لا يحنث بالبسيس ، وأما البقسماط : فقد سماه الجوهري خبزًا ، فقال : الكعك خبز ، وهو فارسي معرب ، هذا لفظه .

والبقسماط : كعك ، والرقاق في معناه .

نعم أهل العرف لا يسمون ذلك خبزًا .

قوله : وهل يدخل في اليمين على اللحم ما لا يؤكل كالميتة والخنزير والذئب والحمار وغيرها ؟ فوجهان :

رجح الشيخ أبو حامد والروياني : المنع .

والقفال وغيره : الحنث . انتهى .

والأقوى كما قاله في « زوائد الروضة » : عدم الحنث ، وجزم به الماوردي في « الإقناع » ، ورجحه المتولي .

قوله في « الروضة » : والمذهب أنه لا يدخل في اللحم الأمعاء والطحال والكبد والكرش والرئة . انتهى .

هذا الكلام لا يعلم منه هل الأصح طريقة الخلاف أو القطع ؟ ولا أن الخلاف في تلك الطريقة وجهان أو قولان ؟ وقد بينه الرافعي بجعل الخلاف وجهين ، وصحح الطريقة الذاهبة إليه .

قوله : ولو حلف لا يأكل ميتة لم يحنث بأكل المذكاة وإن حلها الموت للعرف .

وإن أكل السمك فوجهـان : قال في « التهذيب » : المذهب أنه لا يحنث للعرف . انتهى .

أطلق في « الروضة » تصحيحه .

قوله أيضًا في « الروضة » : ولو حلف لا يركب الحمار فركب حمار وحش، فوجهان بناء على أن الحمارين جنس في الربا أم جنسان ؟ انتهى .

وهو غلط فاحش فإن الحمار الأهلي لحمه نجس لا يصح بيعه لا بمثله ولا بغيره حتى يجيء الخلاف في أنَّا نجعله جنسًا واحدًا أو جنسين ؟

وعبارة الرافعي صحيحة لا يرد عليها شيء فإنه قال : ولو حلف لا يأكل لحم البقر حنث بالجاموس ، وكذا بالبقر الوحش على الأظهر ، ونقل في « التهذيب » فيه وجهين بناء على الخلاف في أنه هل يجعل جنسًا واحدًا في الربا ؟ ولو حلف لا يركب الحمار فركب حمار الوحش ، ففيه وجهان متعلقان بالأصل المذكور . هذا لفظه .

وحاصله أنّا إن جعلنا بقر الوحش والأهل في باب الربا جنسًا واحدًا لأجل اتحادهما في الاسم ، فالاسم متحد في الحمارين أيضًا ، فيحنث بهما فإن لم ننظر هناك إلى اتحاد الاسم وجعلناهما جنسين وهو الصحيح لم ننظر إليه أيضًا هنا ، فلا يحنث بهما بل بالأهلي فقط .

وهذا التخريج صحيح فغلط فيه ـ رحمه الله ـ فذكر ما ذكر .

وقد تلخص أن الراجح في الوحشي هو : الحنث بأكل بَقَرِه لا بركوب حماره .

والحكم في الثاني : يُشْكل بالحنث في خبز الأرز لمن لا يعتاده وفي بيت الشعر بالنسبة إلى الحَضَرِي .

قوله : ولو حلف لا يأكل الجوز ففي « الكتاب » : أنه يحنث بالجوز

الهندي ، وفي « التهذيب » : أنه لا يحنث به .انتهى .

لم يصحح شيئًا في « الشرح الصغير » أيضًا ولا في « الروضة » والصحيح : عدم الحنث ، فقد جزم به الرافعي في « المحرر » والنووي في «المنهاج» وكذلك صاحب « الحاوي الصغير » .

قوله : ولو حلف لا يأكل سويقًا فاستفه أو تناوله بملعقة أو بأصبع مبلولة حنث ، ولو ماثه في الماء وشربه حنث . انتهى كلامه .

وماث : بالميم والثاء المثلثة معناه : مرس وأذاب ، تقول : مثت الشيء في الماء أموثه موثًا وموثانًا .

إذا علمت ذلك فما ذكره الرافعي من الحنث في ما إذا أماثه وشربه ، غلط مخالف للعقل والنقل .

أما العقل : فلأنه شارب وليس بآكل .

وأما النقل : فقد صرح ابن الصباغ [بالمسألة] (١) وعبر بالموث أيضًا ، وجزم بأنه من قسم الشرب لا من قسم الأكل ، وذكر إمام الحرمين مثله أيضًا .

لا جرم أن النووي قد جزم في « الروضة » بأنه لا يحنث ، ولم يُنَبِّه عليه من « زوائده » .

قوله : ولو حلف لا يشرب السويق فالحكم بالعكس ، ولو كان السويق خاثرًا بحيث أنه يؤخذ منه بالملاعق فتحساه فقد ذكر فيه اختلاف وجه ، والأشبه : أنه ليس بشرب . انتهى كلامه .

وهذا [التردد] (٢) الذي أشار إليه الرافعي ليس هو خلافًا بين

---

(١) في أ : في المسألة .

(٢) سقط من أ .

الأصحاب وإنما هو احتمالان للإمام، فنقله الرافعي نقل يوهم أنه خلاف محقق، ثم إنه غلط أيضًا في حكايته غلطًا يقتضي عكس الحكم ، فإن الإمام جزم بأنه يطلق عليه اسم الشرب ، ولكن تردد في أن اسم الأكل هل يطلق عليه أيضًا أم لا ؟

فإنه قال في الباب الثاني من «جامع الأيمان» بعد ورقة من أوله ما نصه: والذي يتردد الرأي فيه أن يكون خاثرًا يتأتى تعاطيه بالملاعق ويتأتى تحسيه على خثورته فكيف الوجه ؟ هذا محتمل عندي ، يجوز أن يقال : تحسيه شُرب في حكم البر والحنث ، ويجوز أن يقال : يتناوله اسم الأكل والشرب جميعًا ، والعلم عند الله تعالى ، هذا لفظه .

وهو جازم بأنه شُرب حتى يحنث به جزمًا في مسألتنا على عكس ما قاله الرافعي وتبعه عليه في « الروضة » ، والذي أوقع الرافعي في هذين الأمرين هو الغزالي في « الوسيط » فإنه قال : ولو حلف لا يشرب سويقًا فصار خاثرًا بحيث يؤكل بالملاعق فتحساه ففيه تردد . هذه عبارته من غير زيادة عليها .

وكأنه أراد فرض المسألة في الأكل فسبق القلم أو الذهن إلى الشرب غلطًا وعبر بالتردد كما عبر به الإمام إلا أنه أطلقه ولم يضفه إليه ، وإطلاقه صحيح إلا أنه محتمل لأمرين ففهم الرافعي منهما غير المراد ، وقد وقع في « البسيط » على الصواب فإنه حكى الأمرين كما حكاهما في « النهاية » ، ولو عبر في « الوسيط » بقوله « ولو حلف لا يأكل » لاستقام وقد نَبّه ابن الرفعة في « الكفاية » على أن التردد الذي حكاه الرافعي إنما هو احتمالين للإمام .

ولا شك أن الأمر كما قاله من أن الرافعي إنما أراد التردد الذي حكاه الإمام ، إلا أنه ـ أعني : ابن الرفعة ـ لم يتفطن لما وراء ذلك فوقع في

غلطين نبهت عليهما في « الهداية » .

قوله : ومنها إذا حلف لا يأكل السكر انعقدت اليمين على عين السكر دون ما يتخذ منه إلا إذا نوى ، وكذا الحكم في العسل والتمر .

ثم إن ابتلع السكر من غير مضغ فقد أكله كما لو ابتلع الخبز على هيئته . انتهى كلامه بحروفه .

وما ذكره من الحنث بالابتلاع قد ذكر قبل هذا بنحو ورقة مثله أيضًا ، لكنه ذكر ما يخالفهما معًا في باب تعليق الطلاق بعد قوله : قال : القسم الثاني في فروع التعليقات ، بنحو كراس فحكى وجهين وصحح عدم الحنث، وقد سبق ذكر لفظه هناك ، وذكر سبب الاختلاف فراجعه .

قوله : والعطف في قوله تعالى : ﴿ فِيهِمَا فَاكِهَةٌ وَنَخْلٌ وَرُمَّانٌ ﴿٦٨﴾ ﴾ (١) لتخصيص النخل والرمان كما في قوله تعالى:﴿ وَرُسُلِهِ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَالَ ﴾ (٢) انتهى .

لقائل أن يقول : كيف يكون هذا من باب ذكر الخاص بعد العام مع أن الفاكهة هنا نكرة في سياق الإثبات فلا تعم ؟

ويجاب عنه : بأنها نكرة في سياق الامتنان ، وهي تعم ، كما قاله القاضي أبو الطيب .

قوله : والثمار مختصة بالرطب ، وأما الفاكهة فتطلق على الرطب كالتفاح والليمون ، دون القثاء والخيار ، وعلى اليابس كالتمر والزبيب ، وكذا لب الفستق والبندق ونحوهما في أقرب الوجهين .

ثم قال بعد ذلك : وقال في « التتمة » : الفاكهة لا تتناول اليابس

---

(١) سورة الرحمن (٦٨) .

(٢) سورة البقرة (٩٨) .

كالتمرة، فإن كان هذا عن تحقيق أحوج إلى إعلام « الوجيز » انتهى كلامه.

وقد ظهر منه أنه مستغرب لما في « التـتمة » متوقف في إثباته مؤذن بأن غيره لـــم يقل به مع أنه ثابت ، فقد جزم الماوردي في « الحـاوي » : بأن ما يزول عنه الاسم الذي كان له في حال الرطوبة كالتمر والزبيب لا يحنث به، وحكى وجهين في ما لا يزول كالتين والخوخ والمشمش .

فتحصلنا على ثلاثة أوجه قديمة .

أحدها : مـا قاله المتولي ، والذي قـاله أوجه مما رجحـه الرافعي ، بل غالب ما نقله في هذا الفصل مشكل .

النوع الثالث : في العقود

قوله : ولو حلف لا يأكل طعامًا اشتراه زيد لم يحنث بما رجع إليه بالإقالة أو خلص له بالقسمة ، وإن جعلناه مما يتعين ويحنث بما يملكه بالتولية والاشتراك والسَّلم ؛ لأنها بيوع في الحقيقة والإطلاق ، ولا يحنث بما يملكه بالصلح على الصحيح [الذي أورده الصيدلاني والبغوي والمتولي والروياني. انتهى كلامه] [١].

وما ذكره في السَّلم مناقض لما صححه في بابه من عدم انعقاده بلفظ البيع ، والرافعي ـ رحمه الله ـ قَلّد المتولي فإنه ذكر هذه المسائل بعينها في هذا الموضع ، إلا أن المتولي قد ذكر مسألة السَّلم في بابها ، وفي كتاب البيع وخرجها على أن الاعتبار بصيغ العقود أو بمعانيها ؟ ولم يصحح فيها شيئًا .

قوله في المسألة : ولو اشترى زيد طعامًا وعمرو طعامًا وخلطاه فأكل الحالف من المختلط فثلاثة أوجه :

أحدها : إن أكل أكثر من النصف حنث وإلا فلا ، وهذا عند استواء القدرين .

والثاني : لا يحنث وإن أكل الجميع ؛ لأنه لا يمكن الإشارة إلى شيء بأنه اشتراه زيد .

والثالث وهو الأصح : إن أكل من المخلوط قليلاً يمكن أن يكون مما اشتراه الآخر كعشر حبات من الحنطة وعشرين لم يحنث ، وإن أكل قدرًا صالحًا كالكف والكفين حنث .

---

(١) سقط من أ .

ثم قال : وقـوله : في « الكتـاب » : حنث إذا أكل المخلوط . يقع ظاهره على الجميع ، وإذا أكل جميع المخلوط يحنث باتفاق الوجه الأول والثالث .

وينبـغي أن يعلم بالواو للوجـه الثاني ، ولفظ « الوسـيط » : إذا أكل من المختلط . وهذا يخالف الوجـوه الثلاثة ، وهو بعيد في نفسـه فحسن أن يأول فيحمل على الأصح . انتهى كلامه .

وحاصله أن لفظ « الوسيط » مخالف للأوجه الثلاثة ، ولفظ « الوجيز» يوافق بعضها ، وهـو عجيب فإن لفظ « الوجيز » يخالـف الثلاثة أيضًا فإن مـدلوله أنه يحنث بأكل الجـميع ، ولا يحنث بأكل البـعض ، وهذا ليس واحدًا من الثلاثة فتأملها .

وأما كـلام « الوسيط » فـإنه لم يتـعرض لتصـويره بحث ولا غـيره ، فيحتمل أن يكون قد أراد المائعات أو الأدقة ونحوها فإنّ لنا وجهًا أنه يحنث بأكل القليل منه لامتـزاجه ، حكاه الماوردي وقال : إنه مذهب الـبصريين ، وهو وجه متجه ينبغي الجزم به .

قوله : حلف لا يـشتري أو لا يبـيع ، فوكل من باع أو اشـترى له ، أو لا يضرب عبده ، فأمر من يضربه ، أو حـلف الأمير أو القاضي لا يضرب، فأمر الجلاد فضرب لم يحنث . انتهى .

واعلم أن الرافعي في باب الخلع قد ذكر عن المتولي فرعًا مُقَيَّدًا لما أطلقه هنا وأقره عليه فينبغي استحضـاره فقال : إذا قال : متى أعطيتني ألفًا فأنت طالق ، فبعثـته على يد وكيلها فقبـضه الزوج لم تطلق لأنها لم تعط هي ، ولو حضـرت وقالت لوكـيلها الحافظ لمـالها : سَلِّم إليه ، فَـسَلَّم طُلِّقت ، وكأن تمكينها الزوج من المال المقصود إعطاء .

قوله : ولو حلف لا ينكح أو لا يتـزوج، فوكل به فقبل له الوكـيل ، ففي حنثه وجـهان ، الذي أورده الصيدلاني وصـاحب « الكتاب » : أنه لا يحنث

كـالبيع ، والذي أورده صـاحب « التهـذيب » : هو الحنث ، لأنه هنا سـفيـر محض . انتهى .

لـم يصــحح شيـئًا في « الشــرح الصغـير » ولا في « الروضــة » هنا ، والصحيح : هو الحنث ، كذا جزم به الرافعي في كتاب النكاح في باب بيان الأولياء في الكلام على التوكيل فيه ، وجزم به أيضًا في « المحرر» هنا وتبعه عليه في « المنهاج » .

نعم جـزم صــاحب « التنبيــه » بأنه لـم يحـنث ولـم يستــدرك عليــه في تصحيحه .

قـوله : ولو قبل لغـيره نكـاح امرأة فـقضـية الوجـه الأول : أن يحنث ، وقضية الثاني : أنه لا يحنث . انتهى كلامه .

وهذا التخريج الـذي ذكره من عنده قد تابعه عليــه في « الروضة » وقد صرح الإمــام في « النهايــة » بالمسألة ، وجـزم بأنه لا يحنث وعلله بأنه لا يطلق عليه اسم التــزويج المطلق ، بل يقال : تزوج لغيــره ، ولهذا لابد من التصريح في العقد بالسفارة .

ثم قال : وقد قطع الأصحاب بهذا في الطريق هذه عبارته .

ثم نقل عن الصيدلاني مـا يخالفه وخطأه فيه ، وجـزم به أيضًا الغزالي وهو واضح فوجب اعتماده للنقل والدليل .

قوله : وبمثله ـ أي عدم الحنث ـ أجاب في « الكتاب » في ما إذا قال : لا أكلم امرأة تزوجها زيد ، وكلم امرأة قبل نكاحها لزيد وكيله ، لكن هذا مبني على جوابه في المسألة السابقة،فإن قلنا :يحنث هناك حنث أيضًا هنا . انتهى .

وما ذكره الغزالي في هذه المسألة قد نقله الإمام عن الأصحاب ، قال : وهو القياس .

ونقل عن الصيدلاني : أنه يحنث ، والصيدلاني قد تقدم عنه في المسألة السابقة موافقة الغزالي فكيف يستقيم تخريج هذه عليها ؟ !

قوله : فروع : إذا حلف لا يحلق رأسه ، فأمر غيره فحلقه ففيه طريقان :

أحدهما : أنـه كما إذا قال : لا أبيع ، وأمـر غيره بالبيع ، وفـيه الخلاف ، أي والصحيح فيه أنه لا يحنث .

والثاني : القطع بالحنث لاطراد العُرف في الحلق بذلك . انتهى كلامه .

والصحـيح هو الحنث كذا جزم به الرافـعي في كتاب الحج من شرحـيه «الكبيـر » و « الصغير » في باب مـحرمات الإحـرام في الكلام على تحريم الحلق .

قوله : ولو حلف لا يبيع لى زيد مالاً فـوكل الحالف رجلاً بالبيع وأذن له في التوكيل فوكل الوكيل زيداً حـتى باعه حنث الحالف سواء علم زيد أم لم يعلم ؛لأن اليمين منعقدة على فض فعل زيد وقد فعل زيد باختياره . انتهى .

وما أطلقه من الحنث عند جهل زيد تبعه عليه في « الروضة » وهو غير مستقـيم ، بل الصواب الجاري على القواعد أنه إن كـان ذلك الغير لا يأثم بأمره [حنث ، وإن كان يأثم بأمره] (١) فعلى القولين في الناسي .

قوله : هذا في ألفاظ المعاملات ، وسـيأتي خلاف في أنه هل يحمل لفظ العبادات على الصحيح كـما إذا حلف لا يصوم ولا يصلي ؟ ولا خلاف في أنه إذا حلف لا يحج يـحنث بالحج الفـاسـد لأنه منعـقـد يجب المضي فـيـه كالصحـيح . انتهى كلامه .

وفيه أمور :

أحـدها : أن ما ذكره من وقوع خلاف يأتي بعد هذا في حمل العبادات

---

(١) سقط من أ .

على الصحيحة ، قد تابعه عليه في « الروضة » وهو سهو لا ذكر له ، بل جزم بحملها على الصحيح ، فإذا حلف مثلاً لا يصلي فأحرم بصلاة فاسدة لا يحنث ، وإن أحرم بصحيحة ثم فسدت فيبني على أن اسم الصلاة هل يصدق بالإحرام أو بالركوع أو بالفراغ ؟ فيحنث على الأول ، ولا يحنث على الأخير .

وأما الثاني : فإن فسدت بعد الركوع حنث وإلا فلا [وهذا البناء أيضًا موافق لما جزموا به من اشتراط الصحة] [(١)] ، وقد ذكر قبل ذلك في ألفاظ العقود مثله أيضًا حتى إذا حلف لا يبيع [لا يحنث ببيع] [(٢)] الخمر ، فلو قال: لا أبيع الخمر ، فكذلك على الصحيح ، وقيل : يحنث ببيعه .

نعم حكى الرافعي في الطلاق في الكلام على المسألة السريجية في موضعين منها خلافًا في أن اللفظ عند الإطلاق يتناول الصحيح والفاسد أم يختص بالصحيح ؟ إلا أنه في أحد الموضعين قيده [بألفاظ العقود وأطلق في الآخر ، وذكر نحوه أعني الخلاف] [(٣)] في لفظ العقود قُبَيل الصداق بأوراق في الكلام على نكاح العبد ، واقتضى كلامه هناك أنه وإن تناوله فلا يحنث به بلا خلاف .

الأمر الثاني : إذا حلف لا يحج ، فأحرم ثم جامع فإنه يحنث بالإحرام وذلك قبل حصول الإفساد ، وحينئذ فكيف صورة الحنث بالحج الفاسد ؟، وصورته ما إذا أحرم بالعمرة ثم أفسدها ثم أدخل عليها بالحج فإنه ينعقد فاسدًا على الصحيح ، كذا ذكره الرافعي في الكلام على سنن الإحرام ، ويتصور أيضًا في ما إذا حلف لا يحج حجة ، ولا يصور بما إذا أحرم

---

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

وهو مجامع ، فإن القول بانعقاده فاسدًا ، وجه مرجوح كما نبينه في موضعه .

الأمر الثالث : أنّا قد فرقنا بين الفاسد والباطل في أبواب من العقود ، منها : الخلع ، ولا شك أنه كالصحيح في الحنث به لأن البينونة قد حصلت وملكت نفسها وحلت للأزواج .

ومثله : الوكالة الفاسدة كما إذا سمى لها عوضًا فاسدًا ونحوه ، وأما الكتابة الفاسدة فلا يتجه الحنث بها لأن أثرها لم يحصل قبل الإعطاء ، وأما العتق الحاصل بعده فإنه لأجل التعليق .

قوله : منها : إذا حلف لا يهب فيحنث بكل تمليك في الحياة خال عن العوض ، ثم قال : ولا يحنث بالضيافة ، لأنه لا تمليك فيها على الصحيح .

قال في « التتمة » : وفيها وجه يصير بناء على أنه يملك الضيف الطعام الذي يأكله . انتهى .

وما ذكره هنا من كون الضيف لا يملك واستبعد خلافه غريب ، فقد سبق في باب الوليمة أن الجمهور على كونه تَمَلّك ، وقد تقدم هناك الكلام عليه مبسوطًا .

قوله : ولو تم الإيجاب والقبول ولم يقبض فوجهان :

أظهرهما عند المتولي: أنه يحنث، لأن الهبة قد تحققت والمتخلف الملك .

وعند صاحب « التهذيب » : أنه لايحنث ؛ لأن مقصود الهبة لم يحصل. انتهى .

صحح الرافعي في « المحرر » : أنه لا يحنث ، وعبر بالأظهر ، وصححه النووي في « زوائد الروضة » ، والمسألة نظير البيع المستعقب لخيار المجلس والشرط .

وقد قالوا : إن اليمين المتعلقة به يدور الحنث والبر فيها على وقوعه سواء انفسخ أم لم ينفسخ ، لا على المقصود منه وهو حصول الملك، فإذا قال السيد: إن بعت هذا فهو حر فباعه عتق في الحال ، سواء قلنا: الملك للبائع أو للمشتري أو موقوف ، كذا ذكره الرافعي في الباب السابع في تعليق الطلاق في أوائل الطرف السابع المعقود لأنواع من التعليق ، وتبعه عليه في «الروضة » وعلل العتق على قول ملك المشتري بأن البائع يجوز له الفسخ وإعتاقه فسخ ويعود الملك بالإعتاق إلى البائع ، والذي قالوه هناك أصوب من المذكور هنا ويؤيده أيضًا ما ذكره الرافعي في الإقرار : أن الإقرار بالهبة ليس إقرارًا بالقبض على المشهور ، وقيل : إن كانت العين في يد الموهوب له فالقول قوله .

وذكر أيضًا في أواخر الرهن في الاختلاف في قبض المرهون مثله .

قوله : ولو حلف لا يعتق عبداً فكاتبه فعتق بالأداء لم يحنث ، ذكره ابن القطان . انتهى .

وما نقله من عدم العتق قد تابعه عليه في « الروضة » إلا أن القاعدة : أن تعليق العتق مع وجود الصفة إعتاق ، سواء كانت الصفة من فعل السيد أم لا .

كذا صرح به في تعليق الطلاق في الكلام على نظيره ، وهو أن تعليق الطلاق مع وجود الصفة تطليق ، وهو في أثناء الطرف التالي المعقود للتعليق بالتطليق ، وقد صرح الرافعي هناك بأن الخلع تطليق وإن كان متوقفًا على قبولها ، قال : وإنما لم يقع الطلاق المعلق على التطليق لبينونتها ، فتلخص أن الصواب : أن هذا إعتاق ويحنث به هاهنا .

قوله : ولو حلف لا مال له ، وله مكاتب ، لم يحنث في أصح الوجهين لأنه كالخارج عن ملكه ، ويحنث بأم الولد في أصح الوجهين ، لأن رقبتها مملوكة له ، ولسيدها منافعها ، وأرش الجناية عليها ، ثم قال ما نصه : وفي

« البيان » طريقة قاطعة بأنه لا يحنث بالمكاتب . انتهى كلامه .

وهذا النقل عن « البيان » ليس مطابقًا للذي فيه ، فإنه لما ذكر الحلف على أنه لا مال له لم يذكر فيه المكاتب بالكلية ، إنما ذكر ذلك في الباب في الحلف على أنه لا عبد له .

فقال بعد فراغه من الكلام على أنه لا مال له : فرع : وإن حلف لا يملك عبدًا وله مكاتب فمن أصحابنا من قال : فيه قولان ، ثم قال : ومنهم من قال : لا يحنث قولاً واحدًا ، هذا كلامه وهي مسألة أخرى غير مسألة الرافعي ، وهل حكمهما واحد أم لا ؟ فيه نظر يحتاج إلى نقل ، وذكر في « المهذب » مثل ما في « البيان » .

واعلم أن الخلاف المذكور في المكاتب مُفَرّع على قولنا : أنه باق على ملك السيد ، وفيه ثلاثة أوجه حكاها في الكفاية هنا :

أحدها : هذا ، وهو المشهور .

وثانيها : أنه مملوك لا مالك له كسترة الكعبة .

وثالثها : أنه مملوك لنفسه ولم يعتق لأن ملكه لم يكمل .

قوله : ولو كان يملك منفعة بوصية أو إجارة لم يحنث على الصحيح . انتهى .

وما صححه من عدم دخول المنفعة في المال ، قد جزم بخلافه في كتاب الوصية فقال : الأموال تنقسم إلى أعيان ومنافع ، هذا لفظه ، وتبعه فى «الروضة» على الموضعين .

قوله : ولو جنى عليه عمدًا فلم يقبض ولم يعف قال في « البيان » : يحتمل أن يبني على أن موجب العمد ما إذا قلنا : القود ، لم يحنث ، وإن قلنا : القود أو المال ، حنث ، وقد يتوقف في هذا . انتهى .

قال في « الروضة » من « زوائده » : الصواب الجزم بأنه لا حنث .

قوله : ولو حلف لا ملك له حنث بالآبق ، والمغصوب وبأم الولد

وبالوقف إن قلنا : يملكه ، وبالمنفعة المستحقة وبالدين ، وقياس ما سبق مجيء الخلاف في الآبق والمغصوب ، وإن كان في نكاح الحالف امرأة ففي «التتمة» : إن الحنث يبنى على أن النكاح هل فيه ملك أم هو عقد حل ؟ فإن قلنا : فيه ملك ، حنث . انتهى كلامه .

وما نقله ـ رحمه الله ـ في أم الولد وما بعده إلى الكلام على المرأة قد سقط من « الروضة » فقال ما نصه : فرع : حلف لا ملك له حنث بالآبق والمغصوب ، وإن كان له زوجة قال المتولي : يبنى على أن النكاح هل هو عقد تمليك أو عقد حلّ ؟ فإن قلنا : تمليك حنث .

قلت : المختار أنه لا حنث إذا لم تكن نية ؛ لأنه لا يفهم منه الزوجة . هذا لفظه .

وكأنه انتقل نظره حالة الاختصار من المغصوب إلى المغصوب ، أو سقط من النسخة التي اختصر منها .

قوله في المسألة من « زوائده » : وينبغي أن لا يحنث بالكلب والسرجين وغيرهما من النجاسات ، ولا بالزيت النجس إذا لم نجوز بيعه . انتهى .

وما اقتضاه كلامه من انتفاء الملك عن الزيت النجس مردود ؛ لأنه قد كان قبل التنجيس مملوكًا له ، ووقوع النجاسة لم تخرجه عن طهارة العين وإنما منعت بيعه ، ومنع البيع لا يلزم منه عدم الملك بدليل أم الولد ، والحبة من الحنطة والموقوف إذا ملكناه للآدمي وغير ذلك .

واعلم أن الماوردي قد حكى ثلاثة أوجه في دخول الاختصاصات في مسمى الملك .

ثالثها : إن صدق عليه هذا الاسم قبل ذلك ، ويصدق عليه أيضًا بعده كجلد الميتة ، فإنه يسمى مالاً وإلا فلا .

النوع الرابع : في الإضافات

قوله : ولو حلف لا يدخل مسكن فلان ، حنث بدخول مسكنه المملوك، والمستعار والمستأجر ، وفي المغصوب وجهان :

أحدهما : لا يحنث لأنه لا يسكن ، وحكى الإمام فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : يحنث ؛ لأنه المستحق لسكناه .

وأصحها : وبه أجاب الصيدلاني : المنع ؛ لأنه ليس مسكنه حقيقة .

وثالثها : أنه إن سكنها يومًا أو ساعة حنث ؛ لأنه أعده مسكنًا وهو على استحقاقه وإلا فلا . انتهى .

هذا موجود في نسخ الرافعي ، وهو غير منتظم من وجوه يرجع بعضها إلى التصوير ، وبعضها إلى التعليل ، وبعضها في حكاية الأوجه ، فقد انكشف الغطاء عن ذلك بحمد الله تعالى ، وظهر أن سبب هذا الخلط وعدم الانتظام سقوط شيء من كلام الرافعي عُلِمَ من « الشرح الصغير » ، فإنه قال : وفي المغصوب وجهان : وجه المنع : أنه لا حق له فيه حتى يضاف إليه، والأصح : الحنث فإنه لا يسكنه ، وفي ملكه الذي لا يسكنه ثلاثة أوجه :

أحدها : يحنث ، لأنه يستحق سكناه . . . إلى آخر المسألة . هذا لفظ الرافعي بحروفه .

وقد ظهر منه أن الساقط عجز المسألة الأولى وصدر الثانية .

وقد اختصره في « الروضة » باجتهاده فقال : وفي المغصوب وجهان: لأنه لا يملك سكناه ، قلت : أصحهما الحنث ، والله أعلم .

وفي دخول داره التي لا يسكنها أوجه إلى آخره . هذه عبارته ، وهو اجتهاد حسن وقد وقع لنا مثل ذلك أيضًا في السقط وبيانه من «الشرح

الصغير » واختصار النووي له باجتهاده .

قوله : حلف لا يدخل دار زيد ، فباع زيد داره ثم اشترى غيرها ، قال الصيدلاني : إن قال : أردت الأولى بعينها ، لم يحنث بدخول الثانية .

وإن قال : أردت أي دار تكون في ملكه ، حنث بالثانية دون الأولى.

وإن قال : أردت أي دار جرى عليها ملكه ، حنث بأيهما دخل . انتهى كلامه .

وسكت عن حالة الإطلاق ، وقد نقل في « الكفاية » عن « زيادات العبادي » : أنه لا يحنث بدخول الثانية في أظهر الوجهين .

ونقل عن « تهذيب » البغوي : عكسه ، فقد راجعت « الزيادات » و« التهذيب » فرأيت فيهما ما يدل على ما ذكره إلا أنهما ليسا صريحين في ذلك .

قوله : وإذا حلف لا يلبس ثوبًا حنث بلبس الرداء ، ثم قال : ولا يحنث بوضع الثوب على الرأس ، ولا بأن يفرشه ويرقد عليه ، فإن ذلك ليس بلبس ، ولو تَدَثّر به ، قال في « الكتاب » : فيه نظر ، وأراد به تردد وجه ، أحد الوجهين : أنه يحنث ؛ لأن المتلفف في الدِّثار قريب من الارتداء .

وأظهرهما : المنع لأنه لا يسمى لبسًا . انتهى كلامه .

وما ذكره في التَّدَثُر محله فيما إذا تَدَثَّر بقميص ونحوه ، فأما إذا تَدَثَّر بقباء أو فرجية ففيه تفصيل نقله عن الإمام في تحريمه على المحرم وأقره عليه فقال : إن أخذ من بدنه ما إذا قام عُدّ لابسه لزمه الفدية ، وإن كان بحيث لو قام أو قعد ، لم يستمسك عليه إلا بمزيد أمر فلا انتهى .

تابعه في « الروضة » عـلى نقل هذا التفصيل وسكوته عليـه ، وحينئذ فيجري مثله هاهنا ويحمل إطلاق الرافعي على ما تقدم ، ولأجل هذا صرح الغزالي في « الوجيز » بتصويره في القميص .

قوله : فرع : حلف لا يلبس الخـاتم فجعله في غير الخنصـر من أصابعه، فـعن المزني في « الجـامع الكبـير » : أنه لا يحنث ، لأن الخـاتم في العـادة لا يلبس في غير الخنصر ، وعلى هذا الجواب جـرى صاحب «التهذيب» وقاسه على ما إذا حلف أن لا يلبس القلنسوة فجعلها في رجله .

والذي حكاه الروياني عن الأصحاب : أنه يحنث . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الروضة » ، وفيه أمران يعلمان من كلام في الوديعة :

أحدهما : أن الراجح ما قاله البغوي .

الأمر الثاني : أن محل هذا الخلاف في الرجل أما المرأة فتحنث جزمًا .

وقد سبق لفظ الرافعي هناك لغرض يتعلق به فراجعه ، وسكت الرافعي عن حكم الخنثى ، وقد سبق هناك بيان حكمه .

قوله : إذا حلف لا يخـرج فلان أو زوجتـه بغير إذنه أو إلا بإذنه فـخرج بغير إذنه حنث ، وإن خرج بإذنه لم يحنث .

وهـكذا لو قال : حتى آذن أو إلى أن آذن ، أو إلا أن آذن وعلى التقديرين يَنْحَلّ اليـمين حتى لو خـرج بعد ذلـك بإذن أو بغير إذن لم يحـنث ، وفي ما إذا قـال : بغيـر إذني ، أو إلا بإذني ، قــول أنهـا لا تَنْحَلّ إلا بخـروجـهـا بالإذن ، واختـاره المـزني والقـفال ، لأن المحـلوف عليـه هو الخـروج بغيـر الإذن ولم يـوجـد ، فأشبــه ما إذا قـال : إن خَـرَجْـتِ لابسـة الحرير فـأنت طالق ، فخـرجـت غيـر لابسة فـإن اليمـين لا تَنْحَلّ ، ووجـه ظـاهر المذهب

بوجهين :

أحدهما : أن اليمين تعلقت بَخَـرْجة واحدة وهي الأولى ، وتلك الخَرْجَة إذا كـانت بغيـر إذن توجب الحنث ، فإن كـانت بإذن حـصل البر وارتفـعت اليمين ، ويؤيده أنه لو قال : إن كان خـروجك الأول بغير إذني فأنت طالق ، فخرجت أولاً بإذنه ، ثم خرجت بغير إذنه لا يحنث .

والثاني : ذكر أبو الحسن العبادي أن القاضي الحسين ـ رحمه الله ـ قال: راجعت غيـر واحد من عِلْيَة أصحابنا ـ رحمـهم الله ـ في تعليل هذه المسألة فلم أظفر بمقنع .

وعلله من جـاء بعده بأن هذه اليمين لهـا جهـة بر وهي الخروج بالإذن ، وجهة حنث وهي الخروج بغير الإذن ؛ لأن الاسـتثناء يقتضي النفي والإثبات جميعًا .

وإذا كانت لليمين جهتـان ووجدت إحداهما تَنْحَلّ اليمين ، ألا ترى أنه لو حلف على أنه لا يدخل الدار اليوم أو ليأكلن هذا الـرغيف غدًا فإنه إن لم يدخل الدار في ذلك اليوم فإنه يبـر ، وإن ابتغى أكل الرغيف ، وكذا إذا أكل الرغيـف انحلت اليمين حـتى لا يحنث ، وإن دخل الدار ذلك اليوم . انـتهى ملخصًا .

وما ذكره ـ رحمه الله ـ من أن اليمين تعلقت بالخَرْجَة الأولى عجيب ، فإنه مجـرد دعوى لا دليل عليها بل قام الدليل على خـلافها ، وإنما تعلقت اليمين بأول خَـرْجَة توجد بغـير الإذن سواء كانـت هي الأولى مطلقًا أم لم تكن ، واسـتـدل الـرافـعي عليـه بقـولـه : ويؤيده أنه لو قـال : إن كـان خروجك الأولى . . . إلى آخـره ، عجيب أيـضًا فإن هذا قـد صرح فـيه بالأولية ، ومما يدل على أن اليمين ليست متـعلقة بالأولى بخصوصها أنه لو

كان كذلك لكان يلزم أن تَنْحَلّ اليمين إذا وجـد الخروج الأول مع النسيان ، مع أن أشبـه الوجهين كمـا قاله الرافعي بعـد هذا بأوراق : أنها لا تَنْحَلّ ، وعلله بأنّا إذا لم نحنثـه لم نجعل يمينه متناولة لما وجـد ، وهذا التعليل الذي ذكره بعينه مـوجود في مسألتنا فـيلزمه التسوية بينهـما بلا شك ، والأقرب إلحاق مسألتنا بتلك حتى يحنث فيهما جميعًا .

وأما التعليل الثاني : فإن كان المراد بقوله « جهة بر » أي : جهة يخرج بها من يمينه وتَنْحَلّ بها اليمين فلا يسلم أن الخروج بالإذن بهذه المثابة ، فإن ذلك تعيين محل النزاع والذي يقـول بهذه المثابة أنها إذا خرجت بعـده بغير الإذن مطلق لا يسلم انحلال اليمين بخروجها بالإذن ، وإن كان المراد بقوله : « جهة بر » [أي : جهة لا يحنث بهـا فمسلم ، لكن لا يلزم من وجود ما لا يحنث به أن لا يحنث] [١] بعد ذلك لوجود ما دخل في يمينه .

وقـول الرافـعي : « عِلْيَة أصـحـابنا » هو بعين مـهملة مكسـورة ولام ساكنة وياء مـفتوحة بـنقطتين من تحت ، وهو جمع لعلي مشـدد الياء وهو الشريف الـرفيع ، يقال : رجل عـلي ورجال علية كـصبي وصـبيـة . قاله «الجوهري » .

قوله : ولو قال : إن خرجت بغير إذني لغير عبادة فأنت طالق ، فخرجت لعبادة ثم عرضت حاجة فاشتغلت بها لم تطلق،وإن خرجت لعبادة وغيرها، فالمذكور في « الشامل » والمنسوب إلى نصه أيضًا في «الأم» : أنه لا يحنث ، وذكر صاحب « التـهذيب » : أنه الأصح ، ويشبه أن يقال : إن كـان المقصود من قـوله : « لغيـر عبـادة » ما هو بمعـزل عن العـبادة فـلا يحنث ، وهذا هو السابق إلى الأفهام ،وإن كان المقـصود ما يغايره في الحقيقة فمـجموع العبادة

(١) سقط من أ .

والحاجة الأخرى يغاير مجرد العبادة .

ولو قال : إن خرجت إلا لعبادة ، فينبغي أن يحنث ، لأنه يصدق أن يقال : لم تخرج للعبادة ، وإنما خرجت لها ولغيرها . انتهى كلامه .

وقد اختلف كلام « الروضة » في هذه المسألة اختلافًا عجيبًا فقال هنا من « زوائده » : قلت : الصواب الجزم بأنه لا يحنث ، والله أعلم .

وقال من « زوائده » أيضًا في أواخر تعليق الطلاق : قلت : الأصح الوقوع ، وممن صححه الشاشي ، والله أعلم .

وقد سبق ذكر الأصل والزيادة في موضعها ، وجزم البندنيجي والشيخ أبو حامد بعدم الوقوع ، وجزم بالوقوع المحاملي وصححه الماوردي .

النوع الخامس: في الكلام

قوله في « الروضة » : حلف لا يكلمه فكتب إليه كتابًا أو أرسل إليه رسولاً فقولان :

الجديد : لا يحنث ، ومنهم من قطع به .

وقيل القديم:إنما هو إذا نوى بيمينه المكاتبة ، وقيل: القولان في الغائب ، فإن كان معه في المجلس لم يحنث قطعًا . انتهى كلامه .

وحاصله حكاية أربع طرق ، ولم يذكر الرافعي ذلك ولا يصح مجيئه أيضًا ، بل المذكور فيه وهو الصواب : إنما هو ثلاث فقط ، وجعل الثالث الذي في « الروضة » حملاً من صاحب الطريقة الثانية ، وعبر بقوله : «وقال » عوضًا عن قول « الروضة » .

قوله : وهجران المسلم حرام فوق ثلاثة أيام ، قال في « الروضة » : هذا إذا كان الهجر لحظوظ النفوس وتعنتات أهل الدنيا ، فأما إذا كان المهجور مبتدعًا أو مجاهرًا بالظلم والفسق فلا يحرم مهاجرته أبدًا ، وكذا إذا كان في المهاجرة مصلحة دينية . انتهى .

وكلامه يقتضي أن المبتدع لا فرق فيه بين أن يكون مجاهرًا ببدعته أم لا ، بخلاف الظالم والفاسق ، والصواب التسوية ، وقد سَوّى بين المبتدع والفاسق في أول باب الشقاق بين الزوجين في جواز الهجران من غير شرط، فقال : فإن كان عذر بأن كان [المهجور] [1]مذموم الحال لبدعة أو فسق أو نحوهما ، أو كان فيه صلاح لدين المهاجر أو المهجور فلا يحرم، وعلى هذا ما ثبت من هجر النبي ﷺ كعب بن مالك وصاحبيه ، ونهيه

(١) في ب : الزوج .

ﷺ الصحابة عن مكالمتهم . انتهى .

وقد ذكر هناك عن الإمام أنه ذهب إلى أنه لا يحرم ترك الكلام أصلاً ، لكن إذا تكلم فعليه أن يحنث .

قوله : وإن كانت مواصلتهما قبل ذلك بالكتابة والمراسلة فيرتفع الإثم بها ، وإلا فإن تعذر الكلام لغيبة أحدهما عن الآخر فكذلك ، وإلا ففيه وجهان بناء على القولين الجديد والقديم ، حتى لو حلف أن يهاجر فلانًا فهل يحنث بالمكاتبة والمراسلة ؟ فيه هذا الخلاف . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن ظاهر البناء يقتضي رجحان بقاء التحريم مع المراسلة والمكاتبة وعدم الحنث بهما ؛ لأن الجديد : أن المكاتبة والمراسلة ليستا من قبيل الكلام ، وقد صرح بالأول في « الروضة » من « زوائده » ، فقال: والأصح : أنه لا يزول التحريم بالمكاتبة والمراسلة .

نعم صحح الرافعي في « الشرح الصغير » خلافه فقال : فيه وجهان بناء على القولين ،والظاهر: الحنث وأن إثم المهاجرة المحرمة يرفع بهما .

الأمر الثاني : أن النووي في « الروضة » قد عبر بقوله : حتى لو حلف لا يهاجره ، أعني بصيغة « لا » كذا رأيته بخطه والصواب ما في الرافعي .

قوله : ولو حلف لا يكلمه ، فسلّم عليه ، حنث ، فإن سلم على قوم وهو فيهم ، واستثناه باللفظ لم يحنث، وإن استثناه بالنية فكذلك ، وذكر فيه قولا آخر .

وإن أطلق : حنث في أظهر القولين عند الشيخ أبي حامد .انتهى ملخصًا .

والصحيح ما صححه أبو حامد المذكور ، فقد قال بعد هذا بأوراق في

الحلف على السلام : إنه الظاهر ، وقال هنا في « الشـرح الصـغير » وأصل « الروضة » : إنه الأظهر .

قوله : ولو صلى الحالف خلف المحلوف عليه فسبح لسهوه أو فتح عليه القراءة لم يحنث ، ولو قرأ آية فُـهِمَ منها مقصوده لا يحنث إن قـصد القراءة وإلا فيحنث .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره في التسبيح والفتح من عدم التفصيل مع التفصيل في المسألة التي بعـدها كالصريح في أنه لا فـرق في التسبـيح والفتح بين أن يقصد أم لا ، مع أنـه قد ذكره في إبطال الصلاة ، فإذا ألحـقه بالكلام وهو يقصد إفهامه به لزم الحنث .

الأمـر الثـاني : أن المسألة الثانية وهي فهم المقـصود من الآية فيها كلام سبق في شرائط الصلاة فراجعه .

النوع السادس : في تأخير الحنث وتقديمه

قوله : إحداهما : حلف ليأكلن هذا الطعام غداً فتلف قبل الغد ، فيخرج على قولي المكره .

فإن قلنا :يحنث ، فهل يحنث في الحال بحصول اليأس أو بعد مجيء الغد لأنه وقت البر والحنث ؟ فيه قولان أو وجهان ، والذي أورده ابن كج هو الثاني ، والخلاف كالخلاف في ما لو حلف ليصعدن السماء غداً .

قال في « التتمة » : وفائدة الخلاف أنه لو كان معسراً يكفر بالصوم ، جاز أن ينوي صوم الغد عن كفاراته إن قلنا : يحنث قبل الغد . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن النووي في « الروضة » قد تابعه على التردد بين القولين والوجهين من غير ترجيح ، والمعروف أنهما وجهان ، فقد جزم به الرافعي قبل ذلك في النوع الثاني المعقود للأكل والشرب ، وجزم به أيضًا في كتاب الصيام من « الروضة » .

الأمر الثاني : أن الراجح هو الوجه الثاني وهو الحنث في الغد ، كذا رجحه الرافعي في النوع المذكور ، فقال : ويشبه أنّ ترجيح الثاني هنا أي في هذه المسألة ونحوها ، وهو ما إذا تعلق المستحيل بوقت معين بخلاف ما إذا كان مطلقًا كما إذا قال : والله لأصعدن السماء ، أو لأشربن ماء النهر ، فإن الأصح أنه يحنث من الآن .

ومن فوائد الخلاف أيضًا كما قاله في « النهاية » و « البسيط » وقد تبعه عليه في « الروضة » أيضًا : ما لو مات الحالف قبل مجيء الغد أو أعسر ، وقلنا : يعتبر في الكفارة حال الوجوب .

قوله في المسألة : فإن قلنا : لا يحنث قبل مجيء الغد ، فهل يحنث إذا

مضى من الغد زمن إمكان الأكل أو قُبيل غروب الشمس ؟ وجهان أصحهما عند البغوي : الأول . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن الراجح هو ما صححه البغوي ، وقد صححه الإمام أيضًا وبالغ في تضعيف مقابله ، وصححه أيضًا غيره .

الأمر الثاني : أن ما نقله من الحنث قُبيل الغروب على الوجه الآخر فإنه خلاف المعروف ، ففي « الحاوي » و « النهاية » و « البسيط » وغيرها : أنه بعد الغروب .

وحكى الماوردي وجهًا رابعًا : أنه يحنث بمجرد طلوع الفجر ، وعلله بأنه أول وقت البر فأشبه الصلاة التي يكون خروج وقتها دليلاً على وجوبها [بأوله] (١) .

قوله : ولو قال : لأقضين حقك إلى أيام ، ففي « المجرد » للقاضي أبي الطيب : أنه يحمل على ثلاثة أيام ، وعلى هذا جرى الصيدلاني ، وصاحب «التهذيب » وغيرهما ، وقال آخرون منهم المحاملي : هو كالحين لأنه يقع على القليل والكثير ، فيقال : أيام الفتنة . انتهى .

وقد ذكر الرافعي في آخر تعليق الطلاق نقلاً عن البشنجي أنه لو حلف ليصومن أزمنة بر بيوم لاشتماله على أزمنة ، ولو حلف ليصومن الأيام فيحمل على أيام العمر أو على ثلاثة أيام وهو الأولى ، هذا كلامه .

والذاهب هناك إلى أيام العمر لا يأبى ما ذهب إليه هنا ، لكن الذاهب هنا إلى إلحاقه بالحين يلزم اطراده هناك ، وقد صحح في « الروضة » هنا الأول، قال : لأنه المفهوم عند الإطلاق ، وأما أيام الفتنة ونحو ذلك فدلت عليه القرينة .

---

(١) سقط من أ .

النوع السابع : في الخصومات

قوله : وإذا حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي حقه فلم يفارقه بل فارقه الغريم ، فالظاهر وهو المشهور : أنه لا يحنث الحالف سواء تمكن من منعه أو من متابعته أو لم يتمكن ؛ لأنه حلف على فعل نفسه فلا يحنث بفعل الغريم. انتهى .

وما ذكره هنا من أنه لا عبرة بالتمكن ، قد خالفه في « المحرر » فإنه شرط لعدم الحنث أن لا يتمكن فقال : وإن هرب صاحبه ولم يمكنه أن يتبعه لم يحنث .

هذا لفظه واستدرك عليه في « المنهاج » وصحح كما في « الروضة » .

قوله:ولو قال لغريمه :والله لا يفارقني ، فاليمين منعقدة على فعل الغير ، ثم قال ما نصه : فإن فارقه ناسيًا أو مكرهًا خرج الحنث على القولين ، ونقل صاحب « التهذيب » طريقة أخرى قاطعة بأنه يحنث ، والاختيار يعتبر في فعل الحالف لا في فعل غيره . انتهى كلامه .

وما ذكره من التخريج على القولين قد تابعه عليه في « الروضة » وهو غير مستقيم ، فإنه قد سبق في الطلاق أنه إذا حلف على فعل غيره ففعل ذلك الغير الشيء المحلوف عليه ناسيًا أو مكرهًا فإن كان ممن لا يبالي بالحالف حنث ، وإن كان ممن يبالي كزوجته فعلى القولين .

فينبغي أيضًا مراعاته هنا ، والكلام الذي ذكره هنا لا إشعار له بهذا التفصيل بل يشعر بخلافه ، إلا أن يقال كونه غريمًا له فجعله ممن يبالي به وهو ضعيف ، فإنه قد يكون ممتنعًا عليه أولاً ببينة له .

قوله : وإذا قال : لا أفارقك حتى أستوفي حقي منك ، فأفلس الغريم

فمنعه الحاكم من ملازمته ففارقه ففيه قولان: حنث المكره، وإن فارقه باختياره، حنث، وإن كان تركه واجبًا كما لو قال: لا أصلي الفرض، فصلى حنث. انتهى كلامه.

وقد ذكر الرافعي في آخر تعليق الطلاق نظير هذه المسألة - أعني المفارقة بالاختيار - ونقل فيها خلافًا ،ومن جملة ما نقله فيها عن الشافعي: أنه لا يحنث، وقد ذكرت المسألة هناك فراجعها.

قوله :ولا يشترط فيه - أي في الضرب المحلوف عليه - الإيلام، ألا ترى أنه يقال: ضربه ولم يؤلمه، ويخالف الحد والتعزير يعتبر فيهما الإيلام؛ لأن الغرض هناك الزجر،وإنما يحصل ذلك بالإيلام ،واليمين يتعلق بالاسم، وقال مالك: يشترط الإيلام، وللأصحاب وجه مثله وذكرناه في الطلاق. انتهى كلامه .

وهذا الذي ذكره غريب جدًا، فإنه قد سبق في الطلاق تصحيح العكس، وعبر بالأشهر، ووقع هذا الاختلاف أيضًا في « الروضة » على وجه هو أشد مما وقع في الرافعي، فقال في الطلاق: ويشترط فيه الإيلام على الأصح، وقيل: لا يشترط، وعبر هنا بقوله: ولا يشترط الإيلام، وحكى وجه ضعيف: أنه يشترط، وقد سبق في الطلاق. هذا لفظه.

فانظر كيف جعله هناك الأصح وجعله هنا وجهًا ضعيفًا، وجزم الرافعي في « المحرر » والنووي في « المنهاج »: بعدم اشتراطه، وبه أجاب الرافعي في البابين من « الشرح الصغير » فإنه صححه في هذا الباب كما صححه في « الكبير »، ونقله في الطلاق عن الأكثرين فقال: شرط بعضهم أن يكون فيه إيلام ولم يشترطه الأكثرون واكتفوا بالصدمة. هذا لفظه.

وهو يقتضي أن ما وقع في « الكبير » هناك من كون الأشهر هو

الاشتـراط غلط حصل من سبق قلم أو تحريـف من الناقلين من المسودة وهو الظاهر .

واعلم أن محل الخـلاف إذا لم يصف الضرب بالشدة ، فإن وصـفه به فقال : ضربًا شديدًا ، فلابد من الإيلام الناجع ، كـما قاله الإمام في كتاب الأيمان .

قال : ولا حد نقف عنـده في تحصيل البر ولكن الرجـوع إلى ما يسمى شديدًا ، وهذا يختلف لا محالة باختلاف حال الضروب . انتهى .

وهذه المسألة قد صرح بها الشافعي في « المختصر » فقال : وإن لم يقل ضربًا شديدًا فأي ضرب ضربه إياه لم يحنث لأنه ضاربه .

هذه عـبارته وذكـرها أيضًا القـاضي الحسين ، والبـغوي والرافـعي في «المحرر» والنووي في « المنهاج » ، وليس لهـا ذكر في « الشرحين » ولا في «الروضة » .

قوله من « زوائده » : قلت : ولو ضرب ميتًا لم يحنث ، ولو ضرب مغمى عليـه أو مجنونًا أو سكرانًا حـنث لأنه محل الضـرب بخلاف الميت ، ذكـره المتولي . انتهى .

ومسألة الميت قد تقدم ذكرها من كلام الرافعي في كتاب الطلاق ، ونقل فيها خلافًا عن حكاية المتولي .

قوله : ولو حلف ليضربن عبده مائة خشبة أو ليجلدنه مائة فضربه بعثكال عليه مائة شمراخ ضربة واحدة حصل البر إذا تيقن أن الكل أصابه، وما معنى إصابة الكل ؟ الظاهر: أنـه لا يشترط أَنْ تُلاقي القـضبان بدنه أو ملبـوسه بل يكفي أن ينكبس بعضها على بعض بحيث يناله ثقل الكل ، وفيه وجه: أنه لا يكفي الانكباس بل لابد من ملاقاة الجميع بدنه أو ملبوسه . انتهى كلامه .

وما رجحه من عدم اشتراط المماسة قد رجحه أيضًا في « الشرح الصغير» وعبر بالظاهر أيضًا ، وتبعه على ترجيحه النووي في « الروضة »، والذي نص عليه الشافعي : اعتبار المماسة لا الانكباس ، وقد نقله عنه أيضًا الشيخ أبو حامد في « تعليقه » والماوردي في « الحاوي » وغيرهما .

قالوا : وصورة البر أن يأخذ ضِغثا مشدود الأسفل محلول الأعلى .

قوله : ولو شك في إصابة الكل [فالنص] (١) أنه لا يحنث ، ونقل المزني عن نصه في ما إذا حلف ليدخلن الدار اليوم إلا أن يشاء زيد فلم يدخل ومات زيد ولم يعلم هل شاء أم لا ؟ أنه يحنث ، فقيل : فيها قولان ، وقيل : بتقرير النصين .

والفرق أن الضرب سبب ظاهر في الانكباس والتثقيل فيكتفي به ، وهناك لا أمارة تدل على أنه شاء ، والأصل عدم المشيئة ، والظاهر في الضرب : أنه لا يحنث ، وإن ثبت الخلاف ، وفي المشيئة أنه يحنث . انتهى .

فيه أمور :

أحدها : أن هذا الفرق الذي ذكره الرافعي مشهور في كتب الأصحاب على اختلاف طبقاتهم وهو يقتضي وجوه غلبة الظن في الضرب بإصابة الجميع ، ولهذا قال في « المهذب » : والظاهر إصابة الجميع ، وصرح به الإمام أيضًا فقال : والوجه عندنا أن يقع الضرب على حالة يغلب على الظن حصول المطلوب منها ، فلو لم يغلب على الظن فيبعد اعتقاد البر من غير ظن .

ثم قال : فإن قيل : إذا كان كذلك فلم اشتراط غلبة الظن ؟ قلنا : لا أقل منها ، هذه عبارته .

---

(١) سقط من أ .

وذكر الغزالي نحوه وكذلك الشيخ أبو حامد في « تعليقه » ، فإنه نقل عن المزني : أن الشافعي حَنّثه في المشيئة ولم يُحَنِّثه هنا بالشك ، فأجاب عنه الشيخ بقوله : قلنا : لا فرق بين الموضعين وإنما حكم بالظاهر فيهما ، هذه عبارته ، وصرح به أيضًا البندنيجي وغيره .

إذا علمت ذلك فتعبير الرافعي وغيره فاسد مع ذكرهم هذا الفرق، وتصريحهم بغلبة الظن صحيح لأن الشك يطلق ويراد به التردد كيف كان لا سيما عند الفقهاء .

وقد ظن النووي أن الأصحاب مختلفون في اشتراط الظن وأن المراد بالشك عند الرافعي وغيره هو المستوى الطرفين ، فقال : قلت : هكذا صور الجمهور مسألة الخلاف في ما إذا شك .

وذكر الدارمي وابن الصباغ والمتولي : أنه إذا شك حنث ، وإنما لا يحنث على المنصوص إذا غلب على ظنه إصابة الجميع .

وهذا حسن لكن الأول أصح ؛ لأنه بعد هذا الضرب يشك في الحنث والأصل عدمه .

هذا كلامه وهو عجيب يَظْهر فساده مما تقدم فإن كلام الأصحاب متفق على اشتراط الظن هنا تصريحًا أو تلويحًا ، ولم نجد أحدًا صرح بأن المراد بالشك هو المستوى الطرفين ، ثم إن التعليل الذي ذكره من « زوائده » عليه لا له ؛ لأن المسألة إذا كانت مفروضة في ما إذا احتملت الإصابة وعدمها على السواء ، وقد تعلق به حكم اليمين ، والأصل عدم إصابة الجميع وإذا كان الأصل عدم إصابة الجميع ولا ظاهر يدل على خلافه لزم أن يكون الأصل على هذا التقدير هو الحنث ، لا عدم الحنث .

الأمر الثاني : أن ما نقله عن الجمهور وارتضاه من تصوير مسألة الخلاف بالشك ، إن أراد به تساوي الاحتمالين فقط فيخرج من كلامه ما إذا رجح

احتمـال عدم إصابة الجمـيع ، أو يرجح إصابة الجميع فيـقال له : لم تبين حكمهما على القـول الذي نسبته إلى الجمهور وصـححته ، وإن أراد مطلق التردد فيكون قد اختـار عدم الحنث مع غلبة الظن بعدم الإصابة ، ولا يمكن القول به .

الأمر الثـالث : أن ترجيحه في الضرب بعـدم الحنث يخالف ما ذكره في الطرف الثاني من كتاب حد الزنا فإنه قد جزم هناك بأنه إذا حصل الشك في الحد لا يجزئ ، والمسألتان متشابهتان ، ووقعت المسألتان كذلك في «الشرح الصغير » و « الروضة » .

قوله : ولو حلف ليضـربنه بالسوط لم يبر بالعصـا والشماريخ لأنه لا يقع عليه اسم السوط ، وإذا قال : مائة سوط ، فالظاهر : أنه لا يحصل البر بضربه بعثكال عليه مـائة شمراخ ، ولكن يبر بأن يجمع مائة سـوط ويشدها ويضربه دفعـة واحدة ، على ما سبق ، وفيه وجـه : أنه وإن ذكر السوط يبـر بالعثكال كما في لفظ الخشبة ، وهذا ما أورده صاحب « التهذيب » . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما صححه من كونه لا يبر بالعثكال عند تعبيره بالسوط ذكر مثله في « الشرح الصغير » وخالـف في « المحرر » ، فجزم بأنه يبر فقال : ولو حلف ليضربنه مائة سوط أو خشبة فشد مائة وضربه بها ضربة واحدة أو ضربه بعثكال عليه مائة شمراخ بَرّ ، هذا لفظه .

ووقع هذا الاختلاف أيضًا بين « الروضة » و « المنهاج » .

والصواب الذي عليه الفتوى أنه يـكفي كما في « المحرر » و « المنهاج » فـإنه المعـروف في المذهب ولهـذا قطع به الشـيخ أبو حـامـد والبندنيـجي والمحاملي والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ والبـغوي وغيرهم ، ويدل عليه أن الرافعي قد جزم بالاكتفاء ـ أي : بالعثكال ـ عند التعبير بالخشبة كما سبق

نقله عنه في المسألة المتقدمة ، مع أن الشمراخ لا يطلق عليه اسم الخشب ، فإما أن ننظر إلى اللفظ أو إلى المعنى .

والمذكور هنا من كون العثكال لا يكفي عند التعبير بالسوط نقله الإمام في « النهاية » فتابعه عليه الرافعي .

الأمر الثاني : أن مقتضى كلامه أنه لو حلف ليضربنه بالسوط لم يبر بالعصا والشماريخ جزمًا ، وأنه إذا قال : مائة سوط ، فيبر بها على وجه فتأمله ، وهكذا كلام « الروضة » أيضًا ، وهو باطل بلا شك فإن الخلاف كما يجري في الثانية يجري في الأولى .

قوله : وإذا حكمنا بعدم الحنث في الناسي والجاهل فهل تَنْحَلّ اليمين ؟ فيه وجهان : أشبههما وبه أجاب الصيدلاني : لا تَنْحَلّ اليمين . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن هذا الذي ذكره هنا من أنه الأشبه ونقله عن الصيدلاني خاصة قد نقله في كتاب الإيلاء عن الأصحاب فقال : إنه الأوفق لكلام الأئمة .

ذكر ذلك في الحكم الرابع من الباب الثاني فاعلمه .

الأمر الثاني : أنه إذا قال : أنت طالق قبل أن أضربك بشهر ، فضربها، فينظر كما قاله الرافعي في أوائل باب تعليق الطلاق : إن ضربها بعد شهر من وقت التعليق تَبَيّنا وقوع الطلاق ولا كلام .

وإن كان الضرب قبل ذلك لم تطلق على الصحيح وتَنْحَلّ اليمين حتى لو ضربها بعد ذلك لم يقع شيء .

قال : وللإمام احتمال أنها لا تَنْحَلّ لكون الضرب الأول ليس هو المحلوف عليه . هذا كلامه .

وهذه المسألة مع مسألتنا على حد سواء ، فإنه إذا علق على الضرب مثلاً كان المعلق عليه هو الضرب من حيث هو لا يفيد التعميم ولا يفيد الاختيار؛ إذ لو كان المعلق عليه هو الضرب عمدًا لم يحنث بالناسي قطعًا، ولو كان هو الضرب مطلقًا عمدًا كان أو ناسيًا لكان يحنث بالنسيان قطعًا كما ذكره الرافعي في موضعه ، فثبت أن المحلوف عليه قد وجد في كل من المثالين إلا أنه لم يحنث لمانع وهو عدم الاختيار في مسألتنا ، واستحالة الحنث قبل اليمين في مسألة الطلاق .

فالمتوجه ما قاله هناك وهو انحلال اليمين لوجود المعلق عليه حقيقة .

قوله : وإذا حلف لا يدخل الدار فحمل بغير إذنه ولكنه كان قادراً على الامتناع فلم يمتنع ، فالظاهر : أنه لا يحنث أيضًا لأنه لم يوجد منه الدخول ، ومنهم من جعل سكوته بمثابة الإذن في الدخول ، ولو حمل بأمره حنث ، وكان كما لو ركب دابة . انتهى كلامه .

وما ذكره من ترجيح عدم الحنث عند القدرة على الامتناع قد ذكر في أواخر الشرط في الطلاق خلافه ، وقد ذكرت لفظه هناك فراجعه .

قوله : ولو حلف لا يدخل على زيد وكان الحالف في بيت فدخل عليه زيد ، فإن خرج الحالف في الحال [لم يحنث ، وإلا فقيل : لا يحنث] (١) .

وقيل : فيه خلاف ، بناء على استدامة الدخول هل هي دخول ؟ ، وأجاب ابن الصباغ عن هذا بأن الاستدامة إن جعلت دخولاً كانا كالداخلين معًا فلا يكون أحدهما داخلاً على الآخر . انتهى .

نقل القاضي أبو الطيب عن نصه في « الأم » : أنه لا يحنث ، واستحسن النووي مقالة ابن الصباغ .

---

(١) في الأصل والروضة : «لم يحنث ، وإلا فقيل : لا يحنث» ، ولعل ما أثبتناه هو الصواب.

قال رحمه الله : وليختم الباب بأصول مأثورة وفروع منشورة في فصلين .

قوله : وذكر القاضي ابن كج : أنه إذا قال : والله لا دخلت ، وكرر ذلك ونوى التأكيد فهو يمين واحدة ، وإن نوى بالثاني يمينًا أخرى أو أطلق فيلزمه بالحنث كفارة أو كفارتان ؟ فيه وجهان . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن الأصح في ما إذا نوى الاستئناف أنه يلزمه كفارة واحدة ، كذا صححه الرافعي في آخر كتاب الإيلاء فقال : إنه الأظهر عند الجمهور، وجزم به أيضًا في آخر الظهار في الكلام على تكرير لفظ الظهار ، وقال في « الروضة » هنا من « زوائده » : إنه الأصح .

الأمر الثاني : أن الرافعي جعل هذا الخلاف في آخر كتاب الإيلاء قولين على خلاف ما قاله هنا من أنه وجهان .

الأمر الثالث : أن هذه المسألة تشبه تكرار الظهار ، وتكرار التحريم في الزوجة والأمة .

فأما الظهار فقال الرافعي : قد يكون الثاني متصلاً بالأول وقد يكون منفصلاً ، فإن كان متصلاً : فإن أراد بالثاني التأكيد فهو ظهار واحد ، وإن أراد ظهارًا آخر .

فالقديم : أنه ظهار واحد لا يتعلق به إلا كفارة واحدة قياسًا على اليمين.

الجديد : التعدد ، لأنه كلام يتعلق به التحريم ، فإذا كرره بقصد الاستئناف تكرر حكمه كالطلاق ، فإن أطلق وجبت كفارة واحدة في أظهر القولين .

وأما إذا تفاصلت المرات وقصد الاستئناف أو أطلق فكل مرة ظهار برأسه، وفيه قول : إنه لا يكون الثاني ظهاراً آخر ما لم يكفر عن الأول .

هذا كلامه .

وأما ما إذا كرر التحريم في الزوجة أو الأمة فينظر ، إن قال ذلك في مجلس واحد لزمه كفارة واحدة ، فإن اختلف المجلس ونوى التأكيد فكذلك، وإن نوى الاستئناف تعددت الكفارة على الصحيح ، وإن أطلق فعلى قولين ، كذا نقله الرافعي في أركان الطلاق عن الصيدلاني ولم يخالفه، وجزم به في « الروضة » من غير نقله عن الصيدلاني ، وهذان الفرعان قد اشتركا في أن كلاً منهما يقتضي كفارة ناجزة لا تتوقف على الوطء ، وقد أوجبوا فيهما عند الاستئناف كفارتين بخلاف اليمين ، وقد تقدم الفرق في كلام الرافعي بين الظهار واليمين ، وذلك الفرق لا يأتي في ما إذا قال : أنت عليَّ حرام .

فإنها لا تحرم بذلك ، وقد يفرق بين اليمين وبينهما بفرق واحد شامل وهو أن التحريم والظهار يوجبان الكفارة إيجابًا منجزًا ، فلما أتى اللفظ الثاني وجد الكفارة قد استقرت باللفظ الأول فتعين إيجاب أخرى له ، وإلا لزم إلغاؤه بخلاف اليمين ، فإن وجوب الكفارة متأخر عنهما لتوقفه على فعل المحلوف عليه فأمكن الاقتصار على كفارة واحدة .

نعم أطلقوا في اليمين ولم يفصلوا بين أن يحلف على مستقبل أو لا ، فإن كان الحكم كذلك فلا يزول الإشكال بما ذكرناه .

ويشكل على الفرق أيضًا ما ذكره الرافعي في آخر الظهار فقال : فرع : قال في « التهذيب » : لو قال إن دخلت الدار فأنت عليّ كظهر أمي ، وكرر هذا اللفظ ثلاثًا فإذا دخلت الدار صار مظاهراً ، فإن قصد التأكيد لم تجب إلا كفارة واحدة وإن قالها في مجالس ، وإن قصد الاستئناف تعددت الكفارة ويجب الجميع بعود واحد بعد الدخول ، فإن طلقها عقب الدخول لم يجب شيء وإن أطلق فهل يحمل على التأكيد أم الاستئناف ؟ قولان .
هذا كلامه .

وجزم به في « الروضة » ولم ينقله عن « التهذيب » كما نقله الرافعي.

ووجه الإشكال أن وجوب الكفارة متوقف على الدخول ، ومع ذلك فقد حكموا بالتعدد ولم يسووا بينه وبين اليمين ، فإن قيل : لعل الفرق أن الظهار لما كان محرمًا قلنا فيه بالتعدد تغليظًا .

قلنا : فيلزم التفصيل في اليمين بين أن يحلف على فعل معصية أم لا .

وهاهنا تنبيه آخر : وهو أن الرافعي غاير بين التحريم وبين الظهار فيما إذا نوى الاستئناف في المجلس الواحد ، فإنه أوجب به كفارة واحدة في التحريم وحكم بالتعدد في الظهار ، وذكر الرافعي أيضًا في آخر الإيلاء أنه إذا أطلق فهل يحمل على التأكيد أم الاستئناف ؟ فيه قولان ، ثم قال المتولي : الأظهر : الحمل على التأكيد عند اتحاد المجلس ، وعلى الاستئناف عند تعدده .

قوله : في كتب أصحاب أبي حنيفة أن المعرفة لا تدخل تحت النكرة لمغايرتهما ، فإذا قال : لا يدخل داري أحد ولا يلبس ثوبي أحد ، دخل في اليمين غير الحالف لأنه صار معرفًا بإضافة الدار والقميص إليه .

قالوا : ولو عرف نفسه بإضافة الفعل بأن قال : لا أُلبس هذا القميص أحدًا ، أو عَرّف غيره بالإضافة إليه ، لأنه صار معرفًا ، وكذا لو قال : لا يقطع هذه اليد أحد ، وأشار إلى يده ، لم يدخل هو ، وقد يتوقف في هذه الصورة الأخيرة والسابق إلى الفهم في غيرها ما ذكروه ويجوز أن تخرج الصورة الأولى على الخلاف في المخاطب هل يندرج تحت الخطاب ؟ انتهى.

قال في « الروضة » : الوجه الجزم بكل ما ذكروه ، والله أعلم .

قوله : وفي كتبهم أن كلمة « أو » إذا دخلت بين نفيين اقتضت انتفاء كل منهما ، ويشبه أن يكون حالفًا على الامتناع من أحدهما ، فإذا فعل واحدًا أو امتنع من الآخر لم يحنث . انتهى ملخصًا .

وذكر بعد تعليل عن الماوردي كلامًا مخالفًا لهذا فقال : وفي « الإقناع» للماوردي أنه لو قال : لا أكلت خبزًا أو لحمًا ، يرجع إلى مراده منهما فيتعلق به اليمين . هذا كلامه ، وظاهره أنه أراد بالمراد تعيين [ما شاء . وقد راجعت عبارته فوجدتها ظاهرة فيه. فإنه عبر بالتعيين] [1] لا بالتبيين فقال : فتعين يمينه فيه .

وقد ذكرنا في أوائل تعليق الطلاق مسائل مما نحن فيه فراجعها .

قوله : ولو قال : لا أدخل هذه الدار ، فهدمت ثم أعيدت بغير الآلة فدخلها لم يحنث ، وإن أعيدت بتلك الآلة ، فوجهان . انتهى .

والأصح : الحنث ، كذا صححه النووي في « زيادات الروضة » و«تصحيح التنبيه » ، وسوف أذكر لك في نهاية الباب ما يقتضي أن الرافعي يرجح عدم الحنث .

قوله : حلف لا يشم الريحان لم يحنث بالورد والياسمين والبنفسج والنرجس والمرزنجوش والزعفران ، ويمكن أن يقال : هذا في ما إذا عرف الريحان ، أما إذا قال : لا أشم ريحانًا فيحنث بها جميعًا ، فلا يبعد إطلاق اسم الرياحين عليها . انتهى .

قال في « الروضة » : الظاهر من حيث الدليل ومن مقتضى كلام الأصحاب : أنه لا فرق ولا يحنث مطلقًا بما سوى الضيمران .

قوله : حلف لا يتسرى ، ففيه ثلاثة أوجه عن ابن سريج :

أظهرها ويحكي عن نصه في « الأم » : أن التسري يحصل بثلاثة أمور: ستر الجارية عن أعين الناس ، والوطء ، والإنزال .

والثاني : يكفي الستر والوطء .

---

(١) سقط من أ .

والثالث : يكفي الوطء . انتهي كلامه .

وهذه الأوجه التي ذكرها ونقلها عن ابن سريج قد ذكرها في آخر كتاب الوصية في الكلام على الرجوع ناقلاً لها عن ابن سريج أيضًا ولم يذكر فيها الوجه الذي صححه هنا بالكلية ، بل ذكر عوضه وجهًا آخر لم يذكره هنا وهو الوطء مع الإنزال خاصة ولم يذكر معه الستر ، فقال : واستشهد على هذا بأن الشافعي ﷺ قال في الإيلاء : لو حلف أن لا يتسرى فوطيء جارية من جواريه وعزل لم يحنث ، وإن لم يعزل حنث ، لأنه قد طلب الولد وطلب الولد هو التسري ، ثم قال بعد ذلك : وأما مسألة اليمين فعن ابن سريج في التسري ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه الوطء من غير عزل .

والثاني : أن التسري هو مجرد الوطء .

والثالث : أنه الوطء مع المنع من الخروج .

وعلى هذين الوجهين لا فرق بين أن يعزل وبين أن لا يعزل . هذا لفظه بحروفه .

والاختلاف الذي ذكرناه واضح ، ولم يذكر المسألة في « الروضة » هناك .

واعلم أن بين التعبيرين تفاوتًا آخر من وجهين :

أحدهما : أنه عبر هناك بقوله :« من غير عزل » ، وعبر هنا بقوله : «مع الإنزال » ، فمن وطيء ولم ينزل يصدق عليه أنه لم يعزل ، لأن العزل هو الإنزال خارجًا عنها ولم يوجد منه ذلك ، ولا يقال أنزل فيها.

الثاني : أنه عبر هنا « بالستر عن الناس » وعبر في « الروضة » «بالمنع من الخروج » ، فمن برزت في بيته للضيفان خارجة عن العبارة الأولى

وداخلة في الثانية .

قوله : نقلاً عن « فتاوى القفال » : وأنه لو حلف لا يفعل كذا فجن وفعله في حال جنونه ففي الحنث قولان . انتهى .

لم يصحح في « الروضة » شيئًا منها هاهنا ، والصحيح في الرافعي و« الروضة » في آخر كتاب الإيلاء : عدم الحنث ، وزادا على ذلك فنقلا طريقة القولين عن البغوي والمتولي ، ونقلا عن العراقيين قاطبة القطع بعدم الحنث ، فيكون جزمه هنا بطريقة القولين مخالفًا لما عليه الأكثرون .

قوله : أيضًا نقلا عنه : وأنه لو حلف لا يلبس ثوبًا من غزلها فرقع ثوبه برقعة كرباس من غزلها حنث ، وقال أبو عاصم العبادي : لا يحنث ، وتلك الرقعة تبع .

وإن التحف بلحاف من غزلها لم يحنث ، وفي « الرقم » : أنه لو طبخ أرزًا وعدسًا بودك فهو طبيخ،وإن طبخ بزيت أو سمن فليس بطبيخ . انتهى .

وهذه المسائل قد تكلم عليها في « الروضة » فقال في الأولى : الصحيح قول أبي عاصم لأنه لا يسمى لابسًا ثوبًا من غزلها ، وأما الالتحاف : فيجيء فيه الخلاف السابق في التدثر ، وأما الثالثة : فالصواب فيها أن الكل طبيخ .

قوله : وفي « المبتدأ » للروياني : أنه لو قيل له : كلم زيدًا اليوم ، فقال : والله لا كلمته . انعقدت اليمين على الأبد إلا أن ينوي اليوم ، فإن كان ذلك في طلاق وقال : أردت اليوم ، لم يُقْبل في الحكم . انتهى ـ .

استدرك في « الروضة »،فقال : الصواب قبوله في الحكم كما سبق في نظائره ، والله أعلم .

وهذه المسألة ـ أعني عدم القبول في الحكم ـ قد حصل فيها اضطراب

شديد في كلام الرافعي و « الروضة » وقد أوضحته في الباب الأول من أبواب الأيمان .

واعلم أن حمل اليمين في أمثال هذه المسائل على التأبيد عند الإطلاق قد سبق ما يخالفه في آخر تعليق الطلاق ، وخالف البغوي فقال : تتقيد بالحالة الراهنة للعرف .

قوله : وفي كتب الحنفية : أنه لو حلف ليضربن زوجته حتى يغشى عليها أو تموت حمل على الحقيقة ، ولو قال : حتى أقتلها أو ترفع ميتة ، حُمِلَ على أشد الضرب ، ويظهر على أصلنا الحمل على الحقيقة أيضًا . انتهى .

وما ذكره بحثًا من اعتبار الحقيقة في نحو هذا ، وتابعه عليه في «الروضة» قد جزم به قبيل كتاب الرجعة بأسطر ، فقال نقلاً عن تعليق الشيخ إبراهيم المروذي : إنه لو قال لزوجته أفرغي البيت من قماشك ، فإن دخلت ووجدت فيه شيئًا من قماشك ولم أكسره على رأسك فأنت طالق ، فدخل فوجد في البيت هاونًا لها فوجهان :

أحدهما : لا تطلق للاستحالة .

والثاني : تطلق عند اليأس قُبَيْل موتها أو موته . هذا كلامه .

وحاصله : الجزم بمراعاة الحقيقة من أن إرادتها في المثال المذكور هناك أبعد من إرادتها في المثال المذكور في هذا الباب ، ولكن لما كانت الحقيقة هناك مستحيلة حكى وجهين في وقوع الطلاق في الحال كغيره من التعليقات المستحيلة فتفطن لذلك .

وقماش البيت هو متاعه كما قاله الجوهري؟ فلذلك جعلوا الهاون منه .

قوله : وفي كتبهم أيضًا : أنه لو حلف لا يجلس على هذه الأسطوانة أو الحائط فأعيد بناؤها بعد النقض وجلس على المعاد ، لم يحنث ، وإن حلف

لا يدخل هذا المسجد فزيد فيه فدخل موضع الزيادة لم يحنث ، فإن حلف لا يدخل مسـجد بني فلان فـزيد فيه فدخـل موضع الزيادة حنث وإن حلف لا يكتب بهذا القلم فكسره ثم براه وكتب به لم يحنث ، وبأجوبتهم يحنث فيما عدا القلم وأن الكسب هو ما يمتلكه من المباحات وبالعقود دون ما يرثه ، وقد يتردد في ما يدخل في ملكه باحتطاب عبده وقبـوله الهبة والوصية فيجوز أن يلحق بما يدخل في ملكه إرشـادًا ، ويجوز أن يقال : تملك العـبد أو إمسـاكه اكتسـاب ، لما يستفيده ، ويجـوز أن يفرق بين أن يكـون العبـد مكتسـبًا أو مـوروثًا، وأن الحلواء : كـل حلو ليس في جنسـه حـامـض نحـو الخـبـيص والعسل والسكر دون العنب والأجاص .

والأشبه : أنه يشترط في إطلاق الحلو [أن يكون معمولاً . وأن يخرج عنه العسل والسكر . فالحلواء غير الحلوى] [١] .

وقال العبادي في « الرقم » : هل يدخل في الحلوى اللوزينج والجوزينج؟ فيه وجهان . انتهى ملخصًا فيه جملة مسائل :

فأمـا المسألة الأولى : فقد وافق النووي فيها على أن جـوابنا فيها كجواب الحنفية فلابد فيها من تفـصيل ذكره القاضي أبو الطيب في كتاب الصلح من «تعليـقته » في نظيـر المسألة ، فـقال : لو حلف لا يكتب بهـذا القلم وهو مبري ، فكسره ثم براه وكتب به لم يحنث ، وإن كانت الأنبوبة واحدة لأن القلم اسم للمبري دون القصبة ، وإنما تسمى القصبة قبل البري قلمًا مجازًا؛ لأنها ستصير قلمًا .

وكذا إذا قـال : لا أقطع بهذا السكين فـأبطل حدها وجعلـه في ظهرها وقطع بها لم يحنث .

ولو حلف لا يستند إلى هذا الحائط فهدم ثم بنى واستند ، إن بني بتلك الآلة حنث ، وإن أعيد بغيرها أو ببعضها لم يحنث . هذا كلامه .

---

(١) سقط من أ .

ويؤيد ما ذكره أيضًا القاضي ما سبق قريبًا أنه إذا حلف لا يدخل دارًا فهدمت ثم أعيدت بنقضها فإنه يحنث على الصحيح ، إلا أن الرافعي ـ رحمه الله ـ لم يرجح في تلك المسألة شيئًا ، والتصحيح المذكور من كلام النووي ولا يستقيم معه الدعوى بأنّا نوافق الحنفية فيه .

ويؤخذ من كلام الرافعي هنا ترجيح عدم الحنث هناك على خلاف ما رجحه في « الروضة » .

وأما المسألة الثانية : فقد غلط فيها النووي في « الروضة » فإنه قال : نقلاً عنهم ما نصه : ولو حلف لا يدخل هذا المسجد فزيد فيه فدخل الزيادة حنث . هذا لفظه ، فأسقط جواب مسألته الإشارة وتصوير الثانية أيضًا ، ونقل جواب الثانية فجعله الأوْلى فلزم الخطأ في الحكم ، وكأنه سقط من نسخته من قوله : « فزيد فيه » إلى « فزيد فيه » أو انتقل نظره ، ثم إنه بعد اختصاره رأي أن ذلك غير مستقيم ، فاعترض على الرافعي ظنًا منه أن ما نقله عنه في « الروضة » مطابق لما قاله فقال : قلت : في موافقتهم في مسألة زيادة المسجد نظر وينبغي أنه لا يحنث بدخولها لأن اليمين لم تتناوله حالة الحلف . هذا لفظه .

ويدل على عدم الحنث عند الإشارة أن الأفضلية الثانية لمسجده عليه الصلاة والسلام المستفادة من قوله « **صلاة في مسجدي هذا** » [1] خاصة بما كان في زمنه دون ما زيد فيه بعد ذلك ، وممن جزم بذلك النووي في مناسك الحج وغيره .

وأما المسألة الثالثة : وهي مسألة القلم فالنقل فيها عندنا على عكس ما نقله الرافعي عن الحنفية ؛ وقد تقدم ذكره في ما نقلناه عن القاضي .

وأما المسألة الرابعة : وهي مسألة الكسب فقد حذف في « الروضة » ما

---

(١) تقدم .

ذكره « الرافعي » في كسب الصيد .

وأما المسألة الخامسة : وهي مسألة الحلوى فالصواب فيها كما قاله في «الروضة » : هو ما قاله الرافعي ، وفي الحديث الصحيح : « **أن رسول الله ﷺ كان يحب الحلوى والعسل** » (١) .

واعلم أن اللوزينج : قطائف حشوه لوز وسكر ، والجوزينج : حشوه جوز بعسل أو دبس .

قوله : ولو قال : لا أكلمه اليوم ستة أشهر . فعليه أن يدع الكلام في ذلك اليوم كلما دار في الستة أشهر . انتهى .

وهذه المسألة وقعت محرفة في كثير من نسخ الرافعي وفي فهمها قلق فحذفها النووي من « الروضة » ، وحذف معها مسائل أخرى قريبة من ذلك في القلق والتحريف ، وإن كان ساترها رقيقًا غير كثيف ، بعضها من كلام الحنفية كما سنبينه ، فإن الرافعي قد نقل عنهم هنا مسائل فما وافق عليه وارتضاه أقره وأبقاه ، وإلا تتبعه بعدم التعويل عليه والركون لديه فلنقرر هذه المسائل ثم نتبعها بالسواقط .

فاعلم أن اليوم الواحد يدور في الشهر أربع مرات أو خمس مرات ، فالحالف المذكور حينئذ قد حلف على ترك الكلام في ذلك اليوم في مدة دورانه في الستة أشهر ، فإذا حلف في يوم السبت مثلاً فطريق البر أن يمتنع عن كلامه في كل سبت يأتي إلى انقضاء ستة أشهر .

قوله : ولو قال : في يوم السبت لا أكلمه اليوم عشرة أيام، [فاليمين] (٢) على سبتين ، وكذا لو قال : لا أكلمه يوم السبت يومين ، ولو حلف لا يكلم

---

(١) أخرجه البخاري (٥١١٥) ومسلم (١٤٧٤) من حديث عائشة رضي الله عنها .

(٢) في ب : فالكلام .

فـلانًا الشـتاء فـأول ذلك إذا لبس الناس الحـشو والفراء وأخـرها إذا ألقوها في البلد الذي حلف فيـه ، والصيف على خلاف ذلك ، والربيع آخـر الشتاء ومـسـتـقـبل الصيـف إلى أن يتبـين العشـب ، والخريف فـصل بين الشـتـاء والصيف .

والظاهر عندنا : حـملهـا على المُدَد المعلومـة وأنه لو حلف لا يكلم فـلانًا وفلانًا أو فلانًا يحنث بكلام الثـالث ، أو كلام الأولين ، ولكن يجوز أن يريد أن لا يكلم الأول ولا أحد الأخـيرين ، وحينئذ فيـحنث بكلام الأول أو أحد الأخـيرين ، لكن يجـوز أن يريد أنه لا يكلـم الثـالث ولا يكلم أحـد الأولين وحينئذ فيحنث بكلام الثالث أو بكلام أحد الأولين . انتهى .

وهذه المسائل أيضًا من اللواتي قد أسقطن .

فأما المسألة الأولى : فمعناها معنى التي قبلها .

وأما الثانية : وهي مسألة الفصول فواضحة .

وأما الثالثة : فمشتملة على صورتين :

الأولى : منها عطف فيها الثاني بالواو والثالث بأو .

والصورة الثانية : بالعكس .

فإذا استحضرت ما ذكرناه سهل فـهمها ، وما ذكره الرافعي من الرجوع إلى مـراده ليس على إطلاقـه بل مـحلـه إذا وصل الكلام وأداه على حـالة واحدة ، فإن فصل بوقـفة أو مد صوت ونحو ذلك كمـا يتضح ويظهر لك بالتجربة عمل بمقتضاه ، ويكون كما لو بين وهذا التفصيل ذكره الرافعي في باب الشك في الطلاق في الكلام على الألفاظ التي يحصل بها البيان ، وقد سبق ذكـره هناك للتنبيـه على أغلاط وقعت للرافـعي فيـه وتبعه عليـها في «الروضة » فراجعه .

قوله : وأنه لو حلف لا يساكنه ، ذكـر أصحابنا وجهين في أنه إذا نوى أن

لا يسكن هو والمحلوف عليه في البلد هل يحمل اليمين على ما نوى ؟

وجه المنع : أن ذلك ليس بمساكنة ، وإذا نوى مـا لا يطابق اللفظ لم تعمل النية بمجردهـا وقاسوه على ما إذا قال :لا أسـاكنه وزعم أنه أراد المساكنة في إقليم . انتهى .

وهذه المسـألة أيضًـا من السواقط ، والخـلاف الذي فيـها سبـق ذكره في موضعـه ، وأما عدم الحمل على الإقليم إذا نواه ، وإن كـان أغلظ في حقه فلم يتقدم له ذكر ، وهي مسألة حسنة فتفطن لها .

قوله : وفي « فتاوي » الفقيه أبي الليث ـ يعني : السمرقندي الحنفي ـ كما قاله الرافعي في الطلاق : أن بعضهـم سئل عن قَصّار ذهب من حانوته ثوب فاتهم أجيرًا له فقـال : أنت خُنتني ، فقـال : والله ما خنتك ، وكان قـد أخذ الثوب وهو لغير القصار .

فقال:أخشى أن يحنث ، ومال إليه الرافعي ، وأنه لو قال : حقًا أفعل كذا ، ليس بيمين عند بعضهم كقوله : صدقًا .

وقـال آخـرون : هو يمين ، فـإن الحـــق هـو الله تعـالى فـكأنه قـال : الله لأفعلن كذا ، وينبغي أن يجـعل كناية ، وأن بعضهم قال : إذا حلف لا يأكل من [مـال] [١] فلان ، ثم تناهدا فـأكل الحالف من ذلك لا يحنث لأنه أكل في عرف الناس من مـال نفسه ، ولينظر أكـان مال فلان مـخلوطًا بماله فأكل منه أو أكل من مال فلان خاصة .

فالمتناهدان تارة يخلطان وتارة يتناوبان على إحضـار الطعام ، وينجر النظر إلى أن الضيف يأكل ملك المضيف ، أو يملك ما يتناوله ؟

وأنه لو حلف لا يصطاد ما دام الأمير في البلد فخـرج الأمير منها فاصطاد

---

(١) سقط من ب .

ثم رجع الأمير فاصطاد لا يحنث ، لأنه لما خرج من البلدة سقطت اليمين .

وأنه لو حلف لا يركب فركب ظهر إنسان فعبر به النهر لم يحنث .

وأن بعضهم قال : لو قال : بسم الله لأفعلن كذا ، فهو يمين ، ولو قال بصيغة ـ الله تعالى ـ فلا ،لأن الأول من أيمان الناس ، ألا ترى أن القائل يقول : باسم الذي أنزلت من عنده السور ، ولك أن تقول : إذا قلنا : الاسم حس المسمى ، فالحلف بالله تعالى ، وكذا إن جعل الاسم صلة ـ أي زائد .

وإن أراد بالاسم التسمية لم يكن يمينًا .

وأما صيغة ـ الله تعالى ـ فتشبه أن تكون يمينًا إلا أن يريد به الوصف . انتهى كلامه .

وهذه المسائل قد أسقطها أيضًا ، وقد علمت ما للرافعي فيها من الكلام والأولى مذكورة في الرافعي بالعجمية فترجمها بعضهم .

والمناهدة : بالنون والدال المهملة هي : أكل المسافرين مجتمعين من أزوادهم .

وقد ذكر الرافعي المسألة في آخر تعليق الطلاق عن أبي العباس الروياني ونقل عنه أنه يحنث وأقره،وبحث النووي فيها وقد أسلفتها هناك فراجعها .

وأما مسألة الاصطياد فهي مسألة مهمة محتاج إليها لكثرة وقوع صورها في « الفتاوى » وقد ذكر الرافعي ما يوافق جواب أبي الليث في آخر تعليق الطلاق نقلاً عن البوشنجي فقال : وأنه لو قال لزوجته : إن دخلت دار فلان ما دام فيها فأنت طالق ، فتحول فلان منها ثم عاد إليها فدخلتها لا تطلق .

والمعنى الذي لمحوه هنا وأشار إليه أبو الليث بقوله : سقطت اليمين ، هو انقطاع دوام كونه في البلد أو غيره مما حلف عليه بوجود الخروج مثلاً .



كتاب [النذر] [1]

وفيه طرفان : طرف في أركانه ، وطرف في أحكامه :

الأول : في الأركان

قوله : ولا يصح نذر الكافر على المذهب لأن النذر تقرب والكافر ليس من أهل التقرب . انتهى .

وما ذكره تعليلاً للمذهب دليل على استحباب النذر ، وقد حذفه النووي من « الروضة » ، ثم قال في أواخر الباب من « زوائده » : صح أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن النذر . هذا لفظه من غير زيادة عليه وأشار بذلك إلى ما رواه الشيخان عن ابن عمر قال : نهى رسول الله ﷺ عن النذر وقال : « **إنه لا يرد شيئًا وإنما يستخرج به من يد البخيل** » [2] .

وهذا الكلام من النووي يدل على رجحان كراهة النذر عنده ، وكأنه جبن عن التصريح به لعدم وقوفه على نقل في هذه المسألة فأشار إليه بذكر ما يدل عليه ، وسأذكر لك ما حضرني الآن في هذه المسألة .

فنقول : اختلف الناس فيها على [أربعة] [3] آراء :

أحدها : أنه مكروه كما أشار إليه النووي ، وهذا هو الذي نص عليه الشافعي ، نقله عنه الشيخ أبو علي السنجي في « الشرح الكبير » كذا نقله عنه ابن أبي الدم في « شرح الوسيط » ، وجزم به النووي في « شرح المهذب » ونقله عن الترمذي وجماعة من أهل العلم ، ولم ينقله عن

(1) في ب : النذور .

(2) أخرجه البخاري (٦٢٣٤) ومسلم (١٦٣٩) .

(3) زيادة من ب .

الشافعي ولا عن أحد من أئمة مذهبه ، وهو يُقَوِّي ما قلناه أولاً من عدم اطلاعه فيها على نقل عندنا .

والثاني : أنه خلاف الأولى ، وهو ما اختاره ابن أبي الدم في الشرح المذكور ، وفيه نظر لأن المكروه هو ما ورد فيه نهي مقصود ، وخلاف الأولى ما لم يرد فيه ذلك ، هكذا فرق الإمام وغيره بينهما ، ونقله عنه الرافعي في باب أداء الزكاة .

والنذر قد ورد فيه نهي مقصود فإن أوّل ذلك وتمسك بالقياس وغيره مما سيأتي لزم استحبابه ، وإن لم يؤول وتمسك بظاهره لزم كراهته ، فالقول أنه خلاف الأولى ضعيف .

والثالث : أنه قربة وهو ما جزم به المتولي في كتاب الوكالة فقال : لا يجوز التوكيل في النذر لأنه قربة .

وكذلك الغزالي في كفارة الظهار من « الوسيط » قُبَيْل الخصلة الثانية ، وهو مقتضى كلام الرافعي المتقدم ، ونقل ابن أبي الدم أن جماعة قالوا بذلك قال : وهو القياس ، وذكر النووي في باب ما يفسد الصلاة من «شرح المهذب » ما يقتضيه فقال : وإذا نذر شيئًا في صلاته وتلفظ بالنذر عامدًا ففي بطلانها وجهان : أصحهما : أنها لا تبطل ، لأنه مناجاة لله تعالى فأشبه الدعاء ، ولأنه يشبه «**سجد وجهي للذي خلقه** »[1] إلى آخره .

والرابع : التفصيل : فيستحب نذر التبرر وهو الذي ليس معلقًا على شيء، ولا يستحب النذر المعلق ، وهذا التفصيل ذكره ابن الرفعة فقال في باب الوكالة من المطلب : أما كونه قربة فلا شك فيه إذا لم يكن معلقًا ، فإن كان معلقًا فلا نقول : إنه قربة ، بل قد يقال بالكراهة . هذا كلامه ، وهو غريب مؤذن بعدم اطلاعه على الخلاف . وأشار أيضًا إلى اختيار

---

(١) أخرجه مسلم (٧٧١) من حديث عليّ ﷺ .

التفصيل في باب النذر من « الكفاية » فقال : ويمكن أن يتوسط فيقال : كذا وكذا .

واعلم أن القول باستحبابه يعضده النص والقياس .

أما النص : فقوله تعالى : ﴿ وَمَا أَنفَقْتُم مِّن نَّفَقَةٍ أَوْ نَذَرْتُم مِّن نَّذْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُهُ ﴾ حثهم الله سبحانه وتعالى على النذر وأكده بالمصدر فاقتضى أن يكون قربة .

وأما القياس : فلأنه وسيلة إلى القربى وللوسائل حكم المقاصد ، ولهذا قال ابن أبي هريرة : إن الحلف على الطاعة من النوافل المستحبة لأنه يتوصل به إلى الإحسان ويتبعه على القرب وأفعال الخير فاستحب له ذلك .

كذا رأيته له في « شرح المختصر » الذي علقه عنه أبو علي الطبري وهي مسألة حسنة لم يذكرها المتأخرون .

نعم ذكر الرافعي وغيره الحلف على الواجبات وجعله طاعة ، وأيضًا فللناذر غرض صحيح في أن يثاب ثواب الواجب فإنه إذا صيره واجبًا بنذره حصل له ذلك كما قاله القاضي الحسين، والقدر الذي يمتاز به الواجب سبعون درجة كما حكاه النووي من « زوائده » في أوائل النكاح عن حكاية الإمام قال : واستأنسوا فيه بحديث .

نعم نازع الماوردي في هذا وقال : الحديث يدل على أن ما يأتي به الإنسان من البر أفضل مما يلتزمه بالنذر .

وأما الحديث المتقدم عن الصحيحين فالاستدلال به يتوقف على قاعدتين:

إحداهما : أن المفرد المعرف بـ « أل » للعموم .

الثانية : أن قول الصحابي نهى عن كذا عام وفيهما خلاف معروف ، أوضحته مع فوائد كثيرة تتعلق به في « شرح منهاج الأصول » فراجعه ،

وبتقدير تسليم هاتين القاعدتين ، وأن الحديث مقتضاه العموم فيمكن حمله على من علم من حاله عدم القيام بما التزمه جمعًا بينه وبين غيره من الأدلة المتقدمة .

قوله : ولا يصح من السفيه نذر القرب المالية ، وأما المفلس فإن التزم في الذمة ولم يعين مالاً صح ويؤديه بعد البراءة عن حقوق الغرماء ، وإن عين فيبنى على أنه لو أعتق أو وهب هل يصح تصرفه ؟ إن قلنا : لا ، فكذلك النذر ، وإن توقفنا فيتوقف في النذر أيضًا ، قاله في « التتمة » انتهى كلامه .

وحاصله أن ذلك لا يصح من السفيه مطلقًا سواء أضافه إلى الذمة أو إلى العين ، وأما المفلس فلا يصح في العين ويصح في الذمة .

إذا علمت هذا فقد جزم في آخر باب الحجر بأن نذر السفيه على هذا التفصيل أيضًا ، فقال : ولو نذر التصدق بعين مال ينعقد ، وفي الذمة ينعقد. هذا لفظه .

ووقع الموضعان كذلك في « الروضة » .

واعلم أنّا إذا قلنا بكراهة النذر فيصير شبيهًا بالضمان [وحينئذ] (١) فيتجه بطلانه .

قوله : لو قال ابتداء : مالي صدقة أو في سبيل الله تعالى ، فيه أوجه:

أصحها عند الغزالي وقطع به القاضي الحسين : بأنه لغو لأنه لم يأت بصيغة التزام .

والثاني : أنه كما لو قال : لله عليَّ أن أتصدق بمالي ، فيلزم التصدق.

والثالث : يصير ماله بهذا اللفظ صدقة كما لو قال : جعلت هذه الشاة أضحية ، وقال في « التتمة » : إن كان المفهوم من اللفظ في عرفهم

---

(١) سقط من أ .

معنى النذر أو نواه فهو كما لو قال : عليَّ أن أتصدق بمالي وأنفقه في سبيل الله ، وإلا فلغو .

وأما إذا قال : إن كلمت فلانًا أو فعلت كذا فمالي صدقة ، فالمذهب والذي قطع به الجمهور ونص عليه الشافعي : أنه يلزمه ذلك ، وقال الإمام والغزالي : يتخرج على الوجوه السابقة . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن كلامه صريح في أنه إذا قال : لله عليَّ أن أتصدق بمالي ، لا يخرج عن ملكه بل يلزمه التصدق به ، وقد ذكر في باب الأضحية أنه يخرج وجزم به ، ونقله عن الأصحاب وفرق بينه وبين نذر إعتاق العبد ، وستعرف لفظه في موضعه إن شاء الله تعالى .

الأمر الثاني : أن المسألة المذكورة [في آخر كلامه] [1] ناقلاً لها عن النص فرد من أفراد نذر اللجاج والغضب حتى يتخير بين المنذور وبين كفارة يمين على الصحيح ، هذا إن كان المعلق عليه غير محبوب إليه ، فإن كان له في حصوله غرض لزمه الوفاء كما قاله .

قوله : النوع الثاني : العبادات المقصودة ، وهي التي شرعت للتقرب بها وعلم من الشارع الاهتمام بتكليف الخلق إيقاعها عبادة كالصوم والصلاة والصدقة والحج والاعتكاف والعتق ، فهذه تلزم بالنذر بلا خلاف . انتهى كلامه .

وما ذكره من عدّ الاعتكاف في هذا القسم كيف يستقيم معها مع أن الشارع لم يكلف الخلق بإيقاعه ؟ وقد صرح به في أوائل أحكام النذر فقال: وليس جنس الاعتكاف واجبًا بالشرع . هذا لفظه .

---

(١) سقط من أ .

قولـه في « أصل الروضة » : فـرع : كمـا يلزم أصل العبـادة بالنذر يلزم الوفاء بالصـفة المستحـبة فيهـا إذا شرطت كمن شـرط المشي في الحج الملتزم وقلنا :المشي أفضل . انتهى.

ومقتضاه أنه لا يلزم المشي إذا قلنا : الركوب أفضل .

وقد خالفه بعد ذلك بأوراق فـقال : قلت : الصواب أن الركوب أفضل وإن كان الأظهر لزوم المشي بالنذر لأنه مقصود .

قوله : فلو أفـردت الصفة بالـنذر ، والأصل واجب شرعًا كـأن يقرأ في الصبح مثلاً سورة كذا .

فالأصح : اللزوم لأنها طاعة .

الثاني : لا ؛ لئلا تغير عما وضعها الشرع . انتهى ملخصًا .

واعلم أن الرافعي احترز بقوله : والأصل واجب شـرعًا ، عما إذا كان منذورًا ، فـإنه إذا نذر قراءة السـورة في الصلاة المنذورة لزمـه الإتيان بهـما جـزمًا، وهل يلزمـه الجمع ؟ فـيه خـلاف : الأصح : الوجوب كـذا نقله الرافعي في كتاب الاعتكاف عن القفـال وأقره ، وتقدم الكلام عليه مبسوطًا فراجعه .

قوله نقلاً عن « التـتمة » : ولو نذر الوضوء انعـقد نذره ، ولا يخرج عنه بالوضوء عن حدث بل بالتجديد . انتهى .

وما جزم به في « التتمة » من الانعقاد قد جزم به أيضًا القاضي الحسين، وحكى فى « التهذيب » وجهًا ضعيفًا : أنه لا يلزم ، والمراد بالتجديد الذي يخرج به عنه هو التـجديد المشروع وهو أن يكون قد صلى بـالأول صلاة ما على الأصح قاله في « الروضة » .

والخلاف الذي أشار إليه فـي التجديد قد استوفاه في صـفة الوضوء من

«شرح المهذب » و«التحقيق» فقال : ويندب تجديده لمن صلى به صلاة ، وقيل : فرضًا ، وقيل : إذا فعل ما يقصد له ، وقيل : مطلقًا إذا فرق بينهما كثيرًا .

قوله : ولو نذر أن يهرب بالحج من شوال أو من بلد كذا ، ففيه وجهان : والأظهر : وجوبه . انتهى كلامه .

وما ذكره من تصحيح الوجوب في ما إذا نذر الإحرام من شوال ونحوه قد سبق منه في كتاب الحج في الكلام على تحريم الجماع ما يخالفه مخالفة عجيبة ، وسبق ذكر لفظه هناك فراجعه .

قوله : وهل يكون نذر المباح يمينًا حتى تجب الكفارة إذا خالف ؟ فيه ما ذكرناه في نذر المعاصي والمفروضات .انتهى كلامه .

والذي ذكره في ما إذا نذر المعاصي وخالفها أن المذهب المشهور : أنه لا تجب به الكفارة ، ثم ذكر أنه إذا التزم المفروضات وخالف ففيه الخلاف في نذر المعاصي سواء التزمه ابتداء أو علقه بحصول نعمة ، فتخلص من هذا كله أن نذر المباح لا كفارة فيه على المذهب ، وهو الذي جزم به أيضًا في أوائل كتاب الإيلاء .إذا علمت ذلك فقد خالف في « المحرر » فقال : المرجح في المذهب لزومها .

وتابعه على هذا الاختلاف أيضًا في « الروضة » و « المنهاج » وذكر المسألة في « الشرح الصغير » من هذا الباب كما ذكرها في « الكبير » وذكرها في « الروضة » أيضًا في أثناء الكلام على نذر اللجاج وصحح أنها تلزم على العكس مما صححه بعد ذلك ، لكن الرافعي لم يصحح هذا المذكور في نذر اللجاج بل نقله في أوائل كتاب الأيمان عن « التهذيب » ، ثم ذكر بعده أنه من نذر المباح الذي سيأتي ، فصححه النووي ونقله إلى هذا الباب مع مسائل اللجاج والغضب كلها .

قوله :وفي « التهذيب » في باب الاستسقاء : أنه لو نذر الإمام أن يستسقي

لزمه أن يخرج بالناس ويصلي بهم وفي الصلاة احتمال ، ولو نذر واحد من عرض الناس لزمه أن يصلي منفردًا ، وإن نذر أن يستسقي بالناس لم ينعقد لأنهم لا يطيعونه ، ولو نذر أن يخطب وهو من أهله لزمه ، وهل له أن يخطب قاعدًا ؟ فيه الخلاف في الصلاة المنذورة . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الروضة » أيضًا وفيه أمران :

أحدهما : أن هذا الذي نقله أولاً عن البغوي من لزوم إخراجهم وأقره هو والنووي عليه خلاف مذهب الشافعي ، فقد قال المحاملي في «المجموع» ما نصه : قال في « الأم » وإذا نذر الإمام أن يستسقي لزمه ذلك ولا يلزم الناس الخروج معه ولا أن أميرهم يلزمهم الخروج لأن طاعته تجب فيما يعود إلى صلاح المسلمين لا في ما يختص به . هذا كلامه .

وهو يشعر بأنه إذا نذر الاستسقاء بالناس لزمهم طاعته، وقال في «الأم» في باب المطر قبل الاستسقاء : لو نذر الإمام أن يستسقي ثم سُقي الناس وجب عليه أن يخرج فيوفي بنذره ، فإن لم يفعل فعليه قضاؤه ، قال : وليس عليه أن يخرج بالناس لأنه لا يملكهم ولا نذر فيما لا يملك ابن آدم . هذه عبارته .

ثم ذكر تعليلاً آخر خاصًا بالتصوير المذكور وهو ما إذا حصلت السقيا قبل الوفاء بالنذر فقال عقب التعليل السابق ما نصه : وليس له أن يلزمهم بالاستسقاء من غير جدب . هذه عبارته .

وأشار بذلك إلى أنه لا فائدة فيه في التصوير المذكور والتعليل الأول يشمل حالة السقيا وعدمها ، وذكر البندنيجي في كتابه « الجامع » هذا النص ولم يذكر خلافه ، وكذلك الروياني في « البحر » ، وجزم سليم الرازي به في باب الاستسقاء من « المجرد » ولم يذكر تعليلاً بالكلية فقال : ولو نذر الإمام أن يصلي صلاة الاستسقاء لزمه أن يصليها فيخرج ويصليها وليس عليه أن يخرجهم ، ولا عليهم أن يخرجوا معه .هذا كلامه .

والحاصل أن إطلاق ما نقله عن البغوي ليس مذهبًا للشافعي بل إن حصلت السقيا ولم يصرح في نذره بالناس فلا يلزمهم بإلزامه بلا شك ، وإن لم تحصل السقيا أو حصلت ولكن صرح بالناس فكلامه مشعر بأن له إلزامهم ،وحيث أوجبنا فيظهر أن يكون الخروج فرض كفاية .

نعم ، هل يجب خروج ثلاثة أم يكفي اثنان ؟ فيه نظر .

الأمر الثاني : أن هذا الاحتمال ليس هو للبغوي ولا للرافعي ، بل نقله في « التهذيب » عن القاضي الحسين ولم يخصه بالإمام ، فإنه قال : وكان القاضي يقول : إذا نذر أن يستسقي لزمه الاستسقاء وهل تلزمه الصلاة ؟ قال : تحتمل وجهين . هذا لفظه .

وعدم لزوم الصلاة واضح ، ثم إن اقتصار الرافعي والنووي في عدم لزوم الصلاة ، والحالة هذه على نقله احتمالاً فقط مؤذن بأنهما لم يطلعا على خلاف في المسألة وهو غريب ، فقد صرح المتولي في « التتمة » بحكاية وجهين في المسألة حتى أنه لم يصحح منهما شيئًا ، وقد سبق من كلام الرافعي التعبير بقوله : « واحد من عُرض الناس » ، وهو بضم العين المهملة وسكون الراء ، وبالضاد المعجمة ، قال الجوهري : يقول رأيته في عُرض الناس : أي في ما بينهم .

وذكر قبل ذلك بأوراق أن ناسًا من العرب يقولونه بالفتح ، قال : وفلان من عُرض الناس ـ أي بالضم ـ ومعناه من العامة .

قوله : وسئل صاحب « الكتاب » عما لو قال البائع للمشتري : إن خرج المبيع مستحقًا فلله عليّ أن أهبك ألف دينار ، فهل يصح هذا النذر أم لا ؟

وإن حكم حاكم بصحته هل يلزمه ؟

فأجاب : بأن المباحات لا تلزم بالنذر ، وهذا مباح ولا يؤثر فيه قضاء القاضي إلا إذا نقل مذهب معتبر في لزوم ذلك بالنذر . انتهى .

واعلم أن هذا المنذور وإن كان لا يلزم فعله لكن يلزمه كفارة يمين إن لم يفعله على ما فيه من الاضطراب السابق فاستحضره .

قوله : قال بعضهم : لو نذر أن يكسو يتيمًا لم يخرج عن نذره باليتيم الذمي ، لأن مطلقه في الشرع للمسلم . انتهى .

قال في « الروضة » : ينبغي أن يكون فيه خلاف مبني على أنه يسلك بالنذر مسلك واجب الشرع ، أما جائزه كما لو نذر إعتاق رقبة .

قال رحمه الله : النظر الثاني :
في أحكام النذر والملتزمات أنواع
الأول : الصوم

قوله : وهل يجب تبييت النية في الصوم المنذور أم تكفي نيته قبل الزوال ؟

إن قلنا : إن المنذور ينزل على أقل الواجب وهو الأصح ، أوجبنا التبييت، وإن قلنا : على أقل الجائز ، فلا . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن النووي قد صحح هنا في « الروضة » ما صححه الرافعي من سلوك المنذور مسلك الواجب ، ثم خالف ذلك في باب الرجعة فقال من « زوائده » : المختار أنه لا يطلق ترجيح واحد من الوجهين بل يختلف الراجح منهما بحسب المسائل لظهور دليل أحد الطرفين في بعضها وعكسه في بعض . انتهى .

وقال في « شرح المهذب » : إنه الصواب .

وقد أعلمتك مرات أن لفظ « المختار » و « الصواب » في « الروضة » ليس بالمعنى المذكور في « تصحيح التنبيه » ، بل بمعنى : الراجح والأصح، ونحوهما .

الأمر الثاني : أن النووي في «الروضة» أيضًا قد تابع الرافعي على تخريج التبييت على هذا الخلاف ، وخالف ذلك في «شرح المهذب» هنا وفي كتاب الصيام فإنه حكى في ذلك طريقين :

إحداهما : هذه .

والثانية : الجزم بالوجوب سواء سلكنا به مسلك الواجب أم الجائز ،

وصحح هذه الطريقة فقال : وفي صوم النذر طريقان : المذهب وبه قطع الجمهور وهو المنصوص في « المختصر » : لا يصح بنية من النهار .

والثاني فيه وجهان بناء على أنه يسلك به في الصفات مسلك واجب الشرع أم جائزه ؟

ثم قال : والمذهب أنه يفرق بين هذه المسائل وباقي مسائل الخلاف في أن النذر هل يسلك به مسلك الواجب أو المنذور ؟ فإن الحديث هنا عام . هذا كلامه في الصيام ، وذكر هنا قريبًا منه .

قوله : وهل يجوز أن يصلي الصلوات المنذورة قاعدًا مع القدرة على القيام ؟ فيه وجهان بناء على الأصل المذكور وهو سلوكه مسلك الواجب أم الجائز ؟

ثم قال : وإن نذر أن يصلي قاعدًا جاز أن يقعد ، كما لو صرح في نذره بركعة له الاقتصار عليها ، فإن صلى قائما فقد أتى بالأفضل . انتهى كلامه .

وما ذكره من جواز القعود عند تصريحه به قد ذكر بعده بنحو ثلاثة أوراق ما يخالفه مخالفة عجيبة ، فقال في أول الكلام على ما إذا نذر صوم يوم قدوم فلان ما نصه : ثم حكى الإمام عن الأصحاب أنه لو قال :عليّ أن أصلي ركعة لم يلزمه إلا ركعة .

ولو قال : عليّ أن أصلي كذا قاعدًا ، يلزمه القيام عند القدرة إذا حملنا المنذور على واجب الشرع ، وأنهم تكلفوا فرقًا بينهما ، قال : ولا فرق . انتهى كلامه .

فانظر إلى هذا الاختلاف العجيب كيف جزم أولاً بأنه لا يلزمه القيام وإن سلكنا به مسلك الواجب ، ونقل ثانيًا عن الأصحاب أنه يلزمه ولم ينقل خلافه .

ووقع الموضعان كذلك في « الشرح الصغير » على وجه أشد مما وقع هنا فإنه نفي الخلاف في الموضع الأول : فقـال : ولو نذر أن يصلي قاعدًا جاز له القـعود بلا خـلاف . هذا لفظه ، وذكر نحـوه في « الروضة » أيـضًا ، فقال: جاز القعود قطعًا .

قوله : أما لو نذر أن يعتكف فليس جنس الاعـتكاف واجبًا بالشرع ، وقد سبق في باب الاعتكاف وجهـان في أنه هل يشترط اللبث أم يكفي المرور في المسجد مع النية ؟ والأول أصح .

ثم قال : وإن اكتفينا بالمرور ، فللإمام احتمالان :

أحدهما : يشترط اللبث ؛ لأن لفظ الاعتكاف يشعر به .

والثاني : لا ، حملاً له على حقيقته شرعًا . انتهى .

ومـا حكاه هنا عن الإمـام في كيـفـية الخـلاف قـد حكى عنه في باب الاعتكاف ترتيـبًا غـيره ، فقـال : وفي اعتبـار اللبث وجهـان حكاهما في «النهاية» :

أصحهما : لا بد منه .

والثاني : يكفي الحضور .

ثم فرع فقـال : إن اكتفينا بالحـضور حصل الاعتكاف بالعـبور من باب والخروج من باب . هذا كلامه من غير زيادة عليه .

قـوله في « الروضة » : ولو عَـيّن في نذره زمنًا للصـوم تعين على المذهب وبه قطع الجمهور ،وقال الصيدلاني وغيره : فيه وجهان . انتهى .

وما رجـحه هنا من طريقة القطع قـد سبق منه في كتاب الاعـتكاف ما يخالفه وسبق ذكر لفظه هناك فراجعه .

قوله : ولو عَيّن يومًا مِنْ أسبوع والتبس عليـه فينبغي أن يصوم يوم الجمعة لأنه آخر الأسبوع ، فإن لم يكن هو المعين أجزأه وكان قضاء . انتهى كلامه .

وهو صريح في أن أول الأسبوع السبت وآخره الجمعة ، وقد تابعه في «الروضة » عليه ، وخالف ذلك في باب صوم التطوع من « شرح المهذب » في الكلام على صوم يوم الإثنين فقال : يسمى يوم الإثنين لأنه ثاني الأيام، ثم قال : وأما يوم الخميس فسمي بذلك لأنه خامس الأسبوع . هذا لفظه .

وهو صريح في أن أوله الأحد ، وذكر مثله في « لغات التنبيه » ، والصواب الأول ، فقد روى مسلم في « صحيحه » في الربع الأخير من الكتاب عن أبي هريرة قال : أخذ رسول الله ﷺ بيدي فقال : «**خلق الله التربة يوم السبت وخلق الجبال يوم الأحد وخلق الشجر فيها يوم الإثنين وخلق المكروه يوم الثلاثاء وخلق النور يوم الأربعاء وبث فيها الدواب يوم الخميس ، وخلق الله آدم بعد العصر يوم الجمعة في آخر ساعة من ساعات الجمعة في ما بين العصر إلى الليل** » [(١)]. هذا لفظه في مسلم .

وفي الصحيح أيضًا في حديث الأعرابي الذي قال للنبي ﷺ وهو يخطب : « **فادع الله أن يسقينا** » [(٢)] الحديث إلى أن قال في آخره : «فوالله ما رأينا الشمس سبتًا » أي : جمعة ، فعبر بأول أيامها ، على أنه قد روي أيضًا ستًا أي بكسر السين على أنه اسم للعدد الذي بين الخمس والسبع ، وكذلك قول الشاعر [(٣)] :

ألم تر أن الدهر يوم وليلة ... يكُرَّان من سبت عليك إلى سبت

واعلم أنك إذا أردت ضبط ترتيب المخلوقات [الواقعة في الحديث فأت

---

(١) أخرجه مسلم (٢٧٨٩) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) أخرجه البخاري (٨٩٠ ، ٩٦٩ ، ٩٧٥) من حديث أنس رضي الله عنه .

(٣) نسب هذا البيت لعليّ بن أبي طالب رضي الله عنه . لكن بلفظ :يكُرَّان من سبت جديد إلى سبت . ثم أتبعه ببيت آخر هو :

فقل لجديد الثوب لابد من بلى

وقل لاجتماع الشمل لابد من شت

بلفظ حروفه مرتبة على ترتيب أوائلها] [1] وحينئذ سهل استحضاره فقل : يجشم ندا .

قوله : والخلاف في أن اليوم المعين هل يتـعين ؟ يجري مثله في الصلاة إذا عيّن لها في النـذر وقتًا ، وفي الحج إذا عيّن له سنة ، والتعـيين في الصلاة هو الذي أورده في « التهذيب » . انتهى .

وقد تحصل منه : أن المشهور تعـيين وقت الصوم وأن الصلاة مثله ، بل أولى .

إذا علـمت ذلك فقـد جزم في كتـاب الاعتكاف في أوائل الركن الرابع بأن وقـت الصـلاة لا يتعـين ، وقـد سبـق ذكر لفـظه هناك ، ووقع هذا الاختلاف أيضًا في « الشرح الصغير » و « الروضة » و « شرح المهذب » ، والتعيين هو الصواب المفتى به ، فقد نص عليه الشافعي في « البويطي » في باب السنة في النذور فقال : ومن نذر صلاة في يوم بعينه أو صيامًا فعليه أن يأتي بذلك في ذلك اليـوم ، فإن أخـره قضـاه . هذا لفـظه بحروفـه ومنه نقلت .

قوله : ولو عَـيّن للصدقة وقـتًا ، قال الصيـدلاني: يجوز تقديمهـا عليه بلا خلاف . انتهى .

ذكر مـثله في « الروضة » ، وقـد سبق في باب الاعـتكاف ما يقـتضي امتناع التقديم على خلاف ما نقله هنا عن الصيدلاني وأقره عليه .

قوله : فإذا نذرت المرأة صوم سنة متتـابعة فأفطرت بعذر الحيض والنفاس ففي قول : لا يجب القضاء كيوم العيد .

وفي قول : يجب كما إذا وقع الحيض في الصوم الواجب شرعًا .

(١) سقط من أ .

ثم قال : وهذا أصح عند صاحب « التهذيب » ، والأول أصح عند أبي علي الطبري وأبي الحسين ابن القطان ، ونسبه ابن كج إلى المشهور وتابعهم الروياني . انتهى كلامه .

ومقتضاه أن الأكثرين على عدم الوجوب ، وبه صرح في «الشرح الصغير» فقال : أظهرهما عند الأكثرين :لا يجب كيوم العيد . هذا لفظه .

إذا علمت ذلك فقد خالف في « المحرر » وصحح الوجوب وعبر بالأظهر ، واستدرك عليه في « المنهاج » ، وغالب نسخ الرافعي في «الكبير» في هذه المسألة سقيمة حصل فيها إسقاط من النساخ ، وقد أصلحت ما وقع لي منها .

قوله : ولو نذر أن يصوم يوم قدوم فلان صح نذره في أظهر الوجهين ، فإن قدم وهو مفطر لزمه صيام يوم آخر ، وهل نقول : يلزمه بالنذر أن يصوم من أول اليوم ، أو نقول : يلزم من وقت القدوم إلا أنه لا يمكن صوم بعض اليوم فأوجبنا يومًا تامًا ؟ فيه وجهان ، ويقال : قولان ، أصحهما : الأول.

ثم قال : وللخلاف فوائد :

منها : لو نذر أن يعتكف اليوم الذي يقدم فيه فلان فقدم نصف النهار ، فإن قلنا : بالأول اعتكف باقي اليوم وقضى ما مضى ، وإن قلنا بالثاني : اعتكف باقي اليوم ولم يلزمه شيء آخر .انتهى كلامه .

وحاصله أنه يلزمه في الاعتكاف قضاء ما فات على الأصح .

إذا علمت ذلك فهاهنا أمور :

أحدها : أنه قد سبق منه في كتاب الاعتكاف ما يخالفه فإنه حكى في ذلك قولين ،وقال أظهرهما : أنه لا يجب ذكر ذلك في أثناء الكلام على

استتباع الليالي للأيام وبالعكس ، وقد سبق ذكر لفظه هناك .

ووقع هذا الاختلاف أيضًا في « الروضة » وكذلك في « شرح المهذب » لأنه صحح في آخر كتاب الاعتكاف أنه لا يلزم وبالغ في تـصحيحه فقال : نص الشافعي عليه ، واتفقـوا على أنه الصحيح ، ثم صحح في هذا الباب في الكلام على نذر صومه أنه يلزمه ، لكنه صحح بعده في فصل معقود له عدم اللزوم أيضًـا ولم يذكرها في « الشرح الصـغير » إلا في النذر موافـقًا للكبير .

الثـــاني : أن ما قاله الرافـعي في الاعتكاف من أن الخلاف في قـضاء ما مضى قـولان كيف يستقيم مع بـناء ذلك على الوجهين في الصــوم ؟ فإن الخلاف إن كان وجهين لم يصح ما قـاله في الاعتكاف ، وإن كان قولين لم يصح بناؤهما على وجهين ، كما نبّه عليه الرافعي في غير موضع .

الثالث : أن الرافعي قد نقل هنا أثناء تعليل الوجه الثاني من أصل المسألة عن البغوي أن المحرم إذا اخـتار الصيام في جزاء الصيـد فإنه يصوم عن كل مد يومًا فإن فضل بـعض مد صام يومًا تامًا يكون بعضه واجبًـا وبعضه غير واجب ، وأسقط النووي هذه المسـألة وفي ما قاله البغوي نـظر ، بل المتجه الحكم على الكل بالوجوب لأنه مـن باب ما لا يتم الواجب إلا به ، ولكن وجوب البعض بطريق [الأصالة] [1] والباقي بطريق التوقف عليه .

قوله : ولو نذر صوم الأثانين ولزمـه صوم شهرين متتابعين فـيقدم صوم الكفـارة ، ثم إن لزمت الـكفـارة بعـد مـا نذر صـوم الأثانين قـضى الأثانين الواقعة في الشهرين ، وإن لزمت الكفارة قبله فوجهان :

أظهرهما عند صاحب « التهذيب » وطائفة من العراقيين : أنه يجب .

(١) في ب : الإضافة .

والأظهر عند الإمام والغزالي والقاضيين أبي الطيب وابن كج : أنه لا يجب . انتهى ملخصًا .

لم يصحح شيئًا في « الشرح الصغير » أيضًا ، والصحيح وجوب القضاء كذا صححه الرافعي في « المحرر » ، وصحح النووي في « شرح المهذب » و«زوائد الروضة » و « المنهاج » : أنه لا يجب ، والصواب الأول فإن الربيع قد نقله عن نص الشافعي ، كذا نقله عنه العمراني في « البيان » والنووي في « شرح المهذب » ، لكن يشكل على الرافعي ما لو نذر صوم الدهر وكان عليه كفارة حين النذر فإن زمانها مستثنى كما قاله الرافعي وكان قياسها مما قاله في الأثانين أن يفدي عن النذر كما لو لزمت الكفارة بعد أن نذر .

قوله : في الكلام على نذر صوم الدهر ولو أفطر هذا الناذر في رمضان بعذر أو غير عذر فعليه القضاء ويقدمه على النذر ، ثم إن أفطر بعذر فلا فدية عليه ، وإن كان متعديًا لزمه . انتهى .

وما ذكره هنا في وجوب الفدية من الفرق بين أن يكون لعذر أو لا لعذر قد جزم بخلافه في آخر صوم التطوع ، فإنه سوّى بينهما فحكى فيهما معًا وجهين ، ولم يصرح بتصحيح ، وقد سبق إيضاحه هناك .

قوله : ولو أفطر يومًا فلا سبيل إلى قضائه لاستغراق أيام العمر بالأداء وعليه الفدية إن أفطر بلا عذر ، ثم أفاد الإمام هاهنا شيئين :

أحدهما : أنه لو نوى في بعض الأيام قضاء يوم أفطر فيه متعديًا ، فالوجه أن يصح ، وإن كان الواجب غير ما فعل لم يلزمه المد لما نزل عن الأداء في ذلك اليوم ، ولك أن تقول يجيء في الصحة الخلاف المذكور فيما إذا عيّن وقتًا للصوم بنذره فعقد فيه صومًا آخر .

والثاني : قال :وهل يصوم عن المفطر المتعدي وليه في حياته تفريعًا على

أنه يصوم عن الميت وليه ؟ والـظاهر عندنا : جوازه لتعدد القضـاء منه ، وفيه احتمـال من جهة أنه قـد يطرأ عذر يجوز ترك الصوم له ، ويتـصور تكليف القضـاء منه وقد يستـفاد مما ذكره أنه إذا سافـر يقضي ما يفطـر فيه متـعديًا ، وينساق النظر إلى أنه هل يلزمه أن يسافر ليقضي ؟ انتهى .

فيه أمور :

أحـــدها : أن ما ذكـره بحثًا من مـجيء الوجهين قد تابعـه عليه في «الروضة» ، وهو يقـتضي أنهمـا لم يظفرا فيـه بنقل ، وقد صرح بنقلهـما الروياني في « البحر » ، ورأيتهما أيضًا في « فتاوى القفال » مع أمور أخرى لم يتعـرض لها الرافعي فقـال : فإذا أفطر هذا الرجل بالمرض أو غيـره فهل تلزمه الفدية ؟ على وجهين :

أحدهما : لا تلزم إلا أنه يعصي إذا أفطر بغير عذر .

والشـاني : تلزمه ، وعلى هذا فهل يجوز له إخـراجها في حياته ؟ على وجهين :

أحدهـما : نعم لأن القضاء لا يمكن لاستغراق جـميع الزمان باستحقاق الأداء .

والثـــاني : لا بل إنما يخرجها بعد الموت كـما في الصوم الذي عليه من غيره إنما يخرج فديته بعد الموت ، وذلك لأن الفدية إنما تجوز عند اليأس من القضاء ، وهاهنا يمكنه أن يقضي في هذه الأيام مـا فاته ، ثم إذا قضى صار تاركًا بعض الأداء ثم يقضيه بعد ذلك ، ولا يزال الأمر هكذا .

ثم قال : فرجع حاصل الكلام إلى أن الأداء أولى بهذا الزمان لأنه عين له أو أن القضاء أولى به إذ جمـيعه متعلق بذمته فـهو كالمانع للأداء . انتهى كلامه .

وقد استفدنا منه أيضًا حكاية وجهين في وجوب الفدية مطلقًا على خلاف ما جزم به الرافعي من التفصيل وحكاية وجهين في إخراجها في الحال .

الأمر الثاني : أن ما نقله عن الإمام وأقره من أن الظاهر جواز صوم وليه في حياته قد تابعه عليه في « الروضة » ، وقد سبق له في كتاب الصيام من «زوائده » ما يناقضه مناقضة عجيبة فراجعه .

الأمر الثالث : أن من تعاطى سبب الترخص لقصد الترخص [لا يترخص] [١] كما إذا سلك الطريق الأبعد لغرض القصر ، وقياسه من هاهنا أنه إذا سافر لقصد الترخص بترك المنذور أنه لا يستبيح تركه وفيه بحث ، وقريب من هذه الصورة ما إذا حلف ليطأن زوجته في نهار رمضان، قال ابن الصلاح والنووي وغيرهما : طريقه كما قاله أبو حنيفة رضي الله عنه لسائل سأله عن ذلك أن يسافر .

ومثار الوقفة في ما ذكرناه من الأمثلة أنه يسافر لقصد الترخص ويترتب على الترخص غرض آخر .

(١) سقط من أ .

النوع الثاني : الحج والعمرة

قوله : ولو نذر الحج ماشيًا من دويرة أهله إلى الفراغ ، لزمه ذلك في الأصح ، فإن أطلق المشي فالأصح : أنه يلزمه من وقت الإحرام سواء أحرم من الميقات أو قبله . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » وهو يوهم أن ذلك لا يأتي إذا أحرم بعد الميقات وهو ممنوع فإنه لو جاوزه غير مريد للنسك ثم عنّ له الإحرام بذلك فالقياس أنه يمشي من ذلك الموضع ولا شيء عليه ، ولو جاوزه مريدًا له وهو راكب فيحتمل وجوب دمين .

قوله : ولو قال : أمشي حاجًا ، فالظاهر : أنه كقوله : أحج ماشيًا ، وقضية كل واحد من اللفظين اقتران الحج والمشي، وفيه وجه أن قوله : أمشي حاجًا ، يقتضي أن يمشي من مخرجه وانتهاضه إلى الحج . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن هذا الذي ذكره من التسوية بينهما حتى يلزمه المشي من حين الإحرام إلى التحلل مشكل ولا يسلم أن ذلك مقتضى اللفظ في الصورة الثانية ، لأن مدلوله التزام مشي في حالة الحج ، وإذا مشى لحظة بعد الإحرام صدق أن يقال : مشى حاجًا ، وحينئذ فيخرج عن نذره بخلاف الصورة الأولى وهي الحج ماشيًا ، فإن مدلولها إيقاع الحج في حال المشي فيلزم منه الاستغراق .

الأمر الثاني : أن الرافعي قد شرع في حكاية خلاف في لحاق الثانية بالأولى في ابتداء المشي فات الكلام فيه وأما نهايته فسيأتي الكلام عليها ، والوجه الذي حكاه في عدم التحاقها بالأولى وهو الوجه المذكور في آخر كلامه قد تقدم بعينه في الصورة الأولى فتأمله .

وكأن مراده أن هذا القائل يوجب المشي من حين الخروج في هذه الصورة ، بخلاف ما إذا قال : أحج ماشيًا ، فإن المشي لا يجب عنده إلا من حين الإحرام .

قوله : ونهاية المشي إلى التحلل الأول على وجه ، والمنصوص وقول الجمهور : إلى أن يتحلل التحللين فله الركوب ، وإن بقى الرمي في أيام منى لأنه خارج عن الحج خروجٍ السلام الثاني من الصلاة ، والقياس أنه إذا كان يتردد في خلال أعمال النّسك لغرض تجارة وغيرها فله أن يركب ولم يذكروه . انتهى .

وما ذكره من أن التسليمة الثانية ليست من الصلاة قد اختلف فيه كلامه وكلام « الروضة » ، وقد تقدم إيضاحه في آخر صلاة الجماعة فراجعه .

قوله في « الروضة » : وإن ترك المشي مع القدرة فحج راكبًا فقد أساء، وفيه قولان :

القديم : لا تبرأ ذمته من حجه بل عليه القضاء ، لأنه لم يأت به على صفته الملتزمة .

والأظهر : تبرأ ، فعلى هذا هل يلزمه الدم ؟ قولان أو وجهان :

أظهرهما : نعم . انتهى كلامه .

وقد ذكر الرافعي تفريعًا حسنًا على القول بوجوب القضاء وحذفه من «الروضة » ، فقال بعد حكاية الأول وتعليله : وذكر على هذا مأخذان :

أحدهما : أن ما أتى به عن الحج لم يقع عن نذره ، لأن المنذور الحج ماشيًا .

والثاني : أن أصل الحج وقع عنه ، إلا أنه بقي المشي واجبًا ، والمشي لا يمكن تداركه مفردًا فألزم حجة أخرى ليتدارك فيها المشي ، وعلى هذا ينطبق

مـا حكى عن نص الشافـعي ﷺ أنه لو كـان قـد ركب في بعض الطريق ومشى في بعض فـإذا عاد للقضـاء مشى حيث ركب وركب حـيث مشى ، وعلى المأخذ الأول يلزمه المشي في القضاء كله . هذا كلام الرافعي .

قوله : ولو قال : أحج في عامي هذا ، وهو على مسافة يمكن الحج منها في ذلك العام لزمه الوفاء . إلى آخره .

أهمل هنا ما إذا لم يمكن ذلك لضيق الوقت ، وقد ذكره قبل هذا بنحو ثلاثة أوراق فقـال : المذهب : أنه لا ينعقد نذره ولا شيء عليـه ، وقيل : يلزمه الكفارة ، وقيل : ينعقد نذره ويقضي في سنة أخرى .

قـوله : وإن نذر أن يحج حـافـيًا فله أن يـلبس النعلين ولا شيء عليـه . انتهى .

تابعه عليه في « الروضة » و « شرح المهذب » وقال فيه : إنه لا خلاف فيه ، وعلله بكونه ليس بقربة ، لكن قد جزم هو في كتاب الحج من الشرح المذكور بأن الأولى دخول مكة حافيًـا ، ونقله في «المناسك» و«الروضة» تبعًا للرافعي عن بعضهم وأقره ، وحينئذ فيتعين على مقتضى ذلك أن يجب عليه خلع النعلين في هذه المسافة وغيرها مما يستحب فـيها أن يكون حافيًا كما لو نذر المشي أو الركوب على ما مر، وكإطالة القيام في الصلاة .

قوله :وإن نذر القِران فأفرد أو تمتع فقـد أتى بالأفضل فيخرج عن نذره . انتهى .

وهذا الكلام يشعـر بأنه لا يجب على الناذر مع ذلك شيء آخر ، لكن هذه المسألة هي نظير ما إذا جامع القـارن أو المتمتع ثم أفرد ، وقد تقدم في الحج من « زوائد النووي » : أن الدم لا يسـقط بعدوله إلى الإفـراد فهـاهنا كذلك ، وفي هذه المسألة كلام يتعين الوقوف عليه سبق ذكره هناك .

النوع الثالث : إتيان المسجد

قوله : ولو قـال : أمشي إلى بيت الله ، أو آتيه ولم يذكـر الحرام ولا نواه فوجهان أو قولان :

أحدهما : أن مطلقه يحمل على البيت الحرام لأنه السابق إلى الفهم .

وأصحهما : لا ينعقد لأن جميع المساجد بيت لله تعالى . انتهى .

ذكر مـثله في « الشـرح الصغـير » ، وخالـف في « المحرر » فصـحح اللزوم ، فقـال : ولو نذر أن يمشي إلى بيت الله تعالى أو يأتيـه فالأصح : أنه يلزمه إتيانه ويحج أو يعتمر . هذا لفظه .

ووقع هذا الاخـتـلاف أيضًـا بين « الروضـة » و « المنهـاج » ، ونص الشافـعي في « البـويطي » على أنه لا يلزم ، كذا ذكـره في باب السنة في النذور ، ونقله أيضًا النووي في « شـرح المهذب » عن جماهيـر الأصحاب في الطريقين فتـكون الفتوى عليـه ، وقد عبـر في « المنهاج » : بالأصح ، واستفدنا من تعبيره أن الخلاف وجهان .

قـوله : ولو نذر المشـي إلى بيت الله الحـرام فليـس له الركـوب على الأظهر، بل يلزمه المشي من دويرة أهله على الأظهـر ،وقيل : لا يلزمه إلا من الميقات ، ثم قال : ولو قال : أمشي إلى المسـجد الأقصى ، أو مسجد المدينة ، وأوجبنا الإتيان ففي وجوب المشي وجـهان بناهما الشيخ أبو علي على إلزام المشي قبل الميقات ، والأظهر : الوجوب . انتهى .

والصحيح في هذه المسألة: عدم الوجوب على خلاف ما يقتضيه نقله عن الشيخ أبي علي فقد نص عليه الشـافعي في « البويطي » فقال في باب السنة في النذور ما نصه: ومن نذر المشي إلى بـيت المقدس أو المدينة ركب إليهم . هذا لفظه .

وصحح النووي في أصل « الروضة » الوجوب ذهولاً عن النص واعتمادًا على مقالة الشيخ أبي على ، أو اعتمادًا على ما يحتمل أنه من لفظ الرافعي .

قوله : وإذا نذر الصلاة في مسجد المدينة أو الأقصى ، ففي تعيينه طريقان: قال الأكثرون : فيه القولان في لزوم الإتيان ، وقد تقدم أن أصحهما: أنه لا يجب .

والثاني : يتعين قطعًا ، ثم قال : ولا يبعد أن يرجع التعيين هاهنا وإن ثبت الخلاف . انتهى كلامه .

ذكر نحوه في « الشرح الصغير » أيضًا وما دل عليه كلامه في الشرحين من رجحان التعيين ، قد صحح في « المحرر » خلافه ، واستدرك عليه في «المنهاج» فصحح أنه يتعين وأطلق ترجيحه أيضًا في أصل «الروضة» فقال : والتعيين أرجح .

قوله : وإن عين مسجد المدينة أو الأقصى للصلاة ، وقلنا بالتعين فصلى في المسجد الحرام خرج عن نذره على الأصح بخلاف العكس ، وفيه احتمال للإمام . انتهى كلامه .

وهذا [الاحتمال] [١] عائد إلى المسألة الأولى وهي الصلاة في المسجد الحرام عوضًا عن أحد المسجدين ، كذا ذكره في « النهاية » ، فقال : ولو قال : أصلي في مسجد المدينة ، فصلى في المسجد الحرام ، فالأصح : أنه يخرج عن النذر ، وفيه شيء أخذًا من الالتزام . هذا كلامه .

والاحتمال المذكور هو مقابل الأصح فإنه لم يذكر غيره ، وأيضًا فلو كان مقابله قولاً أو وجهًا لم يكن لذكر الاحتمال معه فائدة ، وتعبيره بالأصح لا يدل على خلاف ، فإنه لم يصطلح على شيء من ذلك بل هو

---

(١) في ب : الكلام .

كتعبيره بالقياس والظاهر والراجح ونحوها ، وقد فهم النووي أيضًا ذلك فإنه لم يذكر في « الروضة » هذا الاحتمال بالكلية ، فدل على أنه ليس عائدًا إلى الصورة الثانية بل إلى الأولى ، واستغنى عن التصريح به اعتمادًا على فهم ذلك من تعبيره بالأصح ، غير أن تركه لفظ الأصح يشعر على اصطلاحه بأن في المسألة وجهين والمعروف الجزم بأنه يقوم مقام المسجدين المذكورين وهو المجزوم به في « تعليق القاضي الحسين » وغيره والمنصوص عليه في «البويطي » كما ستعرفه .

نعم من يجعل احتمالات الإمام وجوهًا كالغزالي فيحسن منه إثبات الخلاف .

قوله : وهل تقوم الصلاة في أحدهما ـ أي مسجد المدينة وبيت المقدس ـ مقام الآخر ؟ فيه وجهان . انتهى .

والصواب وجه ثالث وهو أن مسجد المدينة يقوم مقام الأقصى بخلاف العكس، فإن الشافعي قد نص عليه في « البويطي » وهو المذكور في «تعليقة القاضي الحسين » و « التتمة » وغيرهما ، وصححه النووي في « الروضة » و«شرح المهذب » ، وقد صحح الرافعي والنووي أيضًا ذلك في نظير المسألة وهو نذر الاعتكاف في أحدهما كما أوضحته في موضعه ، ويتجه في المسألة وجه آخر وهو أنه إن كانت المسافة بين المسجدين من مكانه متساوية فتجزئه الصلاة في أحدهما عن الآخر ، وإن كانت متفاوتة فلا يجزئه الأخف عن الأثقل كما ذكروه في ميقات الحج ، وكذلك في نذر الجهاد على الأصح ، إلا أن المنصوص أصوب وأقيس .

قوله : فروع : قد عرفت أن الظاهر في نذر المشي إلى بيت الله الحرام وجوب الحج أو العمرة ، فلو قال في نذره : أمشي إلى بيت الله الحرام بلا حج ولا عمرة ،[ففيه وجهان :

أحدهما : ينعقد نذره ويلغو تقييده بقوله : لا حج ولا عمرة] [(١)].

والثاني : لا ينعقد ، فإذا أتاه فعليه حج أو عمرة إن أوجبنا إحرامًا لدخول مكة ، فإن لم نوجبه لدخولها فعلى ما ذكرناه في مسجد المدينة ومسجد الأقصى . انتهى .

والأصح في المسجدين : عدم الانعقاد، وفي داخل مكة : أنه لا يجب عليه الإحرام ، وحينئذ فلا تبقى للنذر فائدة ، ويلزم من ذلك أن يكون الأصح عدم صحته .

إذا علمت ذلك فقد تابعه في « الروضة » على هذا كله ثم صحح من «زوائده » انعقاد النذر ، وذكر مثله في « شرح المهذب » ، وهو كلام متدافع على أن كلام الرافعي أيضًا فيه إيهام .

قوله : وقال القاضي ابن كج : إذا نذر أن يزور قبر النبي ﷺ فعندي أنه يلزمه الوفاء وجهًا واحدًا ، ولو نذر أن يزور قبر غيره ففيه وجهان عندي . انتهى .

وتعبيره في آخر كلامه بقوله : عندي ، يدل على أنه أراد بالوجهين احتمالين ، ولم يتعرض لهذه اللفظة في « الروضة » .

---

(١) سقط من أ .

النوع الرابع : الهدايا والضحايا

قوله : وإذا قال : لله عليّ أن أتصدق على زيد وهو فقير ، فهل يتعين الصرف لزيد ؟ فيه خلاف ، والظاهر : التعيين ، وقد ذكر صاحب «التهذيب» وغيره : أنه لو نذر أن يتصدق بكذا على أهل بلد عيّنه يجب أن يتصدق به عليهم ، ومن هذا القبيل ما ينذر بعثه إلى القبر المعروف بجرجان فإن ما يجتمع به على ما يحكى يقسم على جماعة معلومين . انتهى .

والمسألة الأولى والأخيرة قد أسقطهما النووي من هذا الموضع مع الاحتياج إلى الثانية وغرابتها .

قوله : ولو نذر شاة فأخرج عنها بدنة جاز ، وهل يكون الكل فرضًا ؟ فيه وجهان . انتهى .

وقد حصل اضطراب شديد في الراجح من هذين الوجهين أوضحته في باب صفة الصلاة فراجعه فإنه مشتمل على فوائد كثيرة .

قوله : فإذا قال : لله عليَّ أن أهدي بعيراً ، أو بقرة ، أو شاة . ففي اشتراط إجزائه في الأضحية قولان مبنيان على أنه يسلك به مسلك الواجب أما الجائز ؟ ثم قال عقبه : قال الإمام : وبالاتفاق لا يجزئ الفصيل في نذر البعير لأنه لا يسمى بعيراً ، ولا العجل إذا ذكر البقرة ، ولا السّخلة إذا ذكر الشاة . انتهى كلامه .

وما نقله عن الإمام من الاتفاق وسكوته عليه تابعه عليه في «الروضة» أيضًا وهو مخالف لكلامهم في الوصية فإن الرافعي حكى هناك وجهين في تناول الشاة السَّخلة ، ولا شك في جريانهما في هذا الباب إذا سلكنا

بالمنذور مسلك الجائز ، فإن المتبع في البابين إنما هو الاسم .

قوله : ولو قال : لله عليَّ أن أهدي ، ولم يسم شيئًا فالجديد : أنه يحمل على ما يجري في الأضحية لأنه المعهود شرعًا .

والقديم : أنه يخرج عنه بكل متمول ، ثم قال : ولو قال : عليَّ أن أهدي الهدي ، بالألف واللام انصرف إلى المعهود الشرعي ولم يُجروا فيه الخلاف . انتهى كلامه .

وما ذكره من نفي الخلاف قد تبعه عليه في « الروضة » و « شرح المهذب » وعبر فيهما بقوله : حمل على المعهود الشرعي بلا خلاف ، والذي قالاه غريب ، فقد حكى الماوردي فيه خلافًا ، وبالغ فنسب ما قاله الرافعي إلى الشيخ أبي حامد ومن أخذ بمذهبه .

ثم قال : وسائر أصحابنا على خلافه ، ونقل عنه الروياني في « البحر» أيضًا ما حكيناه عنه .

قوله : ولو نذر أن يهدي مالاً معينًا فيجب صرفه إلى مساكين الحرم ، وحكى ابن كج وجهًا ضعيفًا أنهم لا يتعينون ، ثم فَرَّعَ على الأول فقال : وهل يجب الذبح في الحرم ؟ فيه وجهان . أصحهما : [نعم] (١) .

والثاني : يجوز أن يذبح خارج الحرم بشرط أن ينقل اللحم قبل [أن يتغير وقد سبق نظيره . انتهى كلامه .

واعلم أنه قد قال قبل] (٢) ذلك بنحو ثلاثة أوراق : ولو نذر أن يهدي بدنة أو شاة إلى مكة ولم يتعرض للذبح وتفرقة اللحم فيلزمه الذبح بها ،

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

بدنة أو شاة إلى مكة ولم يتعرض للذبح وتفرقة اللحم فيلزمه الذبح بها ، وفي تفرقة اللحم بها وجهان :

أحدهما : له أن يفرق في موضع آخر إلا إذا نوى .

وأصحهما : الوجوب حملاً على الهدايا . انتهى .

فجزم هنا بما أجرى فيه الخلاف هناك ،وجزم هناك في ما أجرى فيه الخلاف هنا ،فجزم هنا بالتفرقة، وحكى الخلاف في الذبح وعكس هناك .

قال : رحمه الله : مسائل منثورة

قوله : ولو نذر ستر الكعبة وتطييبها لزمه ، ولو نذر تطييب مسجد المدينة والمسجد الأقصى أو غيرهما من المساجد ففيه تردد للإمام ، ومال إلى تخصيصه بالكعبة والمسجد الحرام . انتهى .

ذكر في « الروضة » مثله أيضًا والمختار كما قاله النووي في « شرح المهذب » : صحة هذا النذر .

قال الشيخ عز الدين : وحكم مشاهد العلماء والصلحاء كضريح الشافعي وذي النون المصري حكم البيوت لا المساجد [(١)].

قوله : والثاني : أغرب القاضي ابن كج فحكى وجهًا أنه لا يجوز الوقف على البنيان كما لو وقف على المسجد والكعبة ونحوهما ، وإنما الوقف على من يملك ، وذكر على هذا أنه لا يجوز أن يقصد كون الستر والطيب للكعبة، بل ينبغي أن يجعله لعامة المسلمين ليتجملوا به ، ولا أدري هل جرى ذكر هذا الوجه في الوقف أم لا ؟ انتهى .

وهذا الكلام قد حذفه النووي من « الروضة » ولم يتقدم للوجه ذكر في الوقف ، بل جزم الرافعي هناك بصحة الوقف على المسجد والكعبة .

نعم حكى وجهين في اشتراط بيان المصرف من عمارة أو وقود ونحوهما وصحح عدم الاشتراط .

ونقل عن القفال : أنه لابد من بيان المصرف في الرباط .

وعن الحناطي في الدار نحوه أيضًا ، ولا يلزم من الاشتراط في هذين

---

(١) بل حكمها حكم المقابر ، فتعامل معاملة المقابر ، فلا تشد لها الرحال ، ولا يطاف حولها ، ولا ينذر لها ، كما نراه اليوم ، فإن هذا كله من الأمور الشركية .

اشتراطه في المسجد والكعبة ، لأن المسجد عند الأصحاب بمثابة الأحرار في الملك .

قوله : فروع : نقل القاضي ابن كج وجهين في من قال : إن شفى الله مريضي فلله عليَّ أن أعجل زكاة مالي ، هل يصح نذره ؟

ووجهين في من قال : إن شفا الله مريضي فلله عليَّ أن أذبح عن ولدي، هل يلزم الذبح عن ولده ؟ لأن الذبح عن الأولاد مما يتقرب به .

ووجهين أيضًا في ما إذا قال : إن شفى الله مريضي فلله عليَّ أن أذبح ابني ، فإن لم يجز فشاة مكانه ، هل يلزم ذبح شاة ؟

ووجهين في ما إذا نذر النصراني أن يصلي أو يصوم ثم أسلم ، هل يلزمه أن يصلي صلاة شرعنا وصومه ؟ . انتهى .

قال في « الروضة » : الأصح في الصورة الثانية : الصحة ، وفي الباقي البطلان ، وذكر نحوه في « شرح المهذب » أيضًا ، فأما التعجيل : فينبغي صحة نذره حيث قلنا باستحبابه ، وهو ما إذا اشتدت حاجتهم أو قدم الساعي في المحرم ولم يتم حوله .

وأما الذبح عن الولد : إذا أوجبناه فهل يجب تفريق الجميع أم لا؟ وإذا لم نوجب فهل نسلك بالحيوان مسلك الأضحية أو العقيقة ؟ .

وأما الثالثة : ففيها ما ذكرناه في الثانية إن قلنا بالصحة .

وأما الأخيرة : فالخلاف فيها مشهور حتى في « التنبيه » وقد ذكره الرافعي في أول الباب وصحح عدم الصحة ، وإيراده لهما عن ابن كج من غير ترجيح يشعر باستغرابهما .

قوله : وفي « فتاوى القفال » : أنه لو نذر أن يضحي بشاة ثم عين شاة لنذره فلما قدمها للذبح صارت معيبة :لا تجزئ ، ولو نذر أن يهدي شاة ثم

عُيِّن شاة وذهب بهـا إلى مكة فلما قدمها للذبح تعيـبت : أجزأته لأن الهدي ما يهدي إلى الحرم وبالوصول إليه حـصل الإهداء ، والتضحية لا تحصل إلا بالذبح . انتهى .

وما نقله عن القفال من إجزاء الهـدي وأقره عليه [قد تابعه] [١] فـي «الروضة» أيضًا عليه ، وليس كذلك بل الصحـيح فيه أيضًا : عدم الإجزاء كالأضـحية ، كـذا ذكره الرافـعي في النظر الثاني من كـتاب الأضحـية في الحكم الثاني منه فقال : ولو تعيب الهدى بعد بلوغ المنسك فوجهان :

أحدهـما ويحكي عن ابن الحداد : أنه يجـزئ ذبحه ، لأنه لما بلغ موضع الذبح صار كـالحاصل في يد المساكين ، ويكون كمن دفع الزكـاة إلى الإمام فتلفت في يده تحسب من زكاته .

ونسب الإمام هذا الوجه إلى القفال .

وأصحهما : المنع ، فإنه من ضمانه ما لم يذبح . هذا كلامه ، ثم حكى عن « التهذيب » وجهًا آخر مفصلاً بين أن يتمكن فلا يجزئ وإلا فيجزئ .

قوله : وفي « تـفسيـر أبي نصر القـشيري » : أن القـفال قـال : من التزم بالنذر أن لا يكلم الآدمـيين يحـتـمل أن يقال : يـلزمه ، لأنه مما يـتقـرب به ، ويحتمل أن يقال : لا ، لما فيه من التـضييق والتشديد ، وليس ذلك من شرعنا كما لو نذر الوقوف في الشمس . انتهى .

والأصح كـمـا قاله في « زوائـد الروضة » و « شـرح المهـذب » : هو الاحتـمال الثاني ، وحـديث أبي إسرائيل [٢] الذي ذكـره الرافـعي في أول الباب يدل عليه ، وفي البخاري [٣] أن امرأة حجت صامتة عـن الكلام ،

---

(١) سقط من أ .

(٢) أخرجه البخاري (١٨٤٤) ومسلم (١١١٥) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه .

(٣) حديث (٣٦٢٢) .

فقــال لها أبو بكر ﷺ : تكلمي فإن هذا لا يحل .

قــوله من « زوائده » نقلاً عن « فـتاوى الـقاضي » : أنه لو نذر صــوم سنة معينة ثم قال : إن شـفى الله مريضي فلله عليّ صوم الأثانين من هذه السنة ، قال : لا ينعـقد الثاني ؛ لأن الزمـان مستـحق لغيره ، وقـال العبادي : ينعـقد ويلزمه القضاء .

قيل له : لو كان له عبد ، فقـال : إن شفى الله مريضي فلله عليّ عتقه ، ثم قال : إن قدم زيد فعليّ عتقه .

قال : ينعقد إن كانا وقعا معًا أقرع بينهما . انتهى .

والمسألتان قد تقدمتـا في كلام الرافعي في آخر الكلام على نذر الصوم، فأما الأولى : فكلام الرافـعي فيها مشتـمل على ما هو منقول هنا وزيادة ، وأما الثانية وهي مـسألة العبد : فتكلم هناك على ما يدخل فيـه العبد وغيره ولم يذكر ما قاله العبادي من الإقراع بل ذكر غيره فراجعه .



كتاب القضاء

وفيه أربعة أبواب .

الباب الأول : في التولية والعزل

وفيه فصلان :

الفصل الأول : في التولية

قوله : والقضاء والإمامة من فروض الكفاية بالإجماع ،لأن الظلم من شيم النفوس ، ويجوز أن يوضع على لفظ المسألة من الكتاب وأولان بعض الأصحاب في ما حكى القاضي ابن كج ذهب إلى أن القضاء مكروه للأحاديث المحذرة في الباب ، وظاهر المذهب الأول ، ثم قال : وإذا قلنا بظاهر المذهب فإذا قام بعض الصالحين للقضاء به سقط الفرض عن الباقين ... إلى آخره .

واعلم أن الرافعي أشار بقوله : لأن الظلم من شيم النفوس . . . إلى قول المتنبي :

الظلم من شيم النفوس فإن تجد ذا عفة فلعله لا يظلم

وكلامه صريح في أن الخلاف المذكور محله في الفرضية وعدمها ، وقد أثبته كذلك في « الشرح الصغير » ، وأسقطه النووي من « الروضة » وسببه أنه قد ذكر أولاً الإجماع على كونه فرضًا فكيف يكون مختلفًا فيه ؟ فلما أشكل عليه حالة حذفه، وغاية ما يقال فيه : أن الوجوه لابد أن تكون مخرجة من قواعد المجتهد ولازمة لأصوله التي قررها ، وللناس خلاف مشهور في أن لازم المذهب هل هو مذهب أم لا ؟ فالذاهب إلى أنه ليس بمذهب قد يذهب إلى أنه لا يقدح في الإجماع ، وحينئذ تستقيم دعوى الإجماع مع إثبات الوجه، وقد صرح في « المطلب » بعد هذا بقليل بحكاية

خلاف في أنها هل تقدح في الإجماع أم لا ؟ وصحح أنها تقدح ، وقد يجاب بجواب فيه منع لما فهمه الرافعي فيقال : ليس الخلاف عائدًا إلى الفرضية وعدمها بل في الكراهة فقط وإن كان مجمعًا على كونه فرضًا ، ولا منافاة لأن المنافاة إنما هي حاصلة بين الكراهة وفرض العين لا بينهما وبين فرض الكفاية ، ألا ترى أنّا نرد شهادة أصحاب الحرف على ما سيأتي وإن كان القيام بتلك الحرف فرضًا ؟

قوله : وربما تردد الناظر في إخبار الممتنع من القضاء من جهة أن الامتناع من هذا الفرض الذي هو مناط المصالح العامة بعد ما تعين يشبه أن يكون من الكبائر ، وحينئذ فيفسق به ويخرج عن أهلية القضاء لفوات شرط العدالة فكيف يولى ويجبر على القبول ؟ ويمكن أن يكون المراد : أن يؤمر بالتوبة أولاً فإذا تاب تولى . انتهى كلامه .

وهذا الجواب الذي ذكره الرافعي بتقدير الفسق قد سلمه له في «الروضة» وهو غير مستقيم، وذلك لأنه إن صح ما قاله من كونه فسقًا فالفاسق إذا تاب لا تجوز ولايته ولا نقبل شهادته إلا إذا مضت عليه مدة الاستبراء ، ولم يشترط ذلك هو ولا غيره، والصواب : الجواب بما أشار به في « الروضة » أن هذا لا ينبغي أن يكون فسقًا لأن من يمتنع عن مثل هذا إنما يمتنع غالبًا متأولاً والمتأول ليس عاصيًا قطعًا وإن كان مخطئًا في تأويله .

قوله : فإن كان أصلح منه بنى على أن الإمامة العظمى هل تنعقد للمفضول مع وجود الفاضل ؟ وفيه خلاف للمتكلمين والفقهاء ، والأصح: الانعقاد لأن تلك الزيادة خارجة عن شرط الإمامة ، وفي القضاء خلاف مُرتب وأولى بالانعقاد . انتهى .

تابعه في « الروضة » على إطلاق الخلاف ومحله ما إذا لم يكن عذر، فإن كان أطوع في الناس وأقرب إلى القلوب انعقدت قطعًا ،قاله الماوردي .

قوله : في الجماعة المتماثلين :وإن كان مع الشهرة مكفيًا فيكره له الطلب ، ومنهم من لا يطلق لفظ « الكراهة » ، ويقتصر على أن الأولى أن لا يطلب . انتهى .

وما ذكـره من تضعيف الاقتـصار على الأولوية ذكر مـثله في « الشرح الصغيـر » ، وخالف في « المحرر » فجـزم بما ضعفه هنا فـقال : وإن كان مشهورًا مكفيًا فالأولى أن لا يطلب . انتهى .

ووقع الموضعان في « الروضة » و « المنهاج » كذلك أيضًا .

قوله : في أصل « الروضـة » : والصحيح تفصـيل ذكره « الروياني » وهو أنه إن تَعَيّن عليه القضاء أو كـان ممن يستحب له فله بذل المال ، ولكن الآخذ ظالم بالأخذ وهذا كما إذا تعذر الأمر بالمعروف إلا ببذل مال ، وإن لم يتعين ولم يكن مستحـبًا جاز له بذل المال ليتولى ، ويجوز له البذل بعـد التولية لئلا يعزل . انتهى كلامه .

وما ذكـره في أواخره من جواز البـذل عند انتفاء التـعيين والاستحـباب غلط على العكس مما نقله الرافعي عن الروياني ، فـإن المذكور فيه ، أنه لا يجـوز وهو الذي ذكـره أيضـًا الروياني في « البـحـر » و « الحليـة » وهو الصواب .

قوله : الثالث : طرق الأصحاب متفقة في تعيين الشخص للقضاء ، وعدم تعينه على النظر إلى البلد والناحية لا غير .

وقضـيته أن لا يجب على من يصلح للقـضاء طلبه ببلدة أخـرى لا صالح بها ، ولا قبوله إذا ولى . انتهى .

وما ذكره من حكاية الاتفاق ، وتابعه عليه في « الروضـة » قد سبقهما إليه جمـاعة وليس كذلك ، بل فيه خلاف حكاه ابن الرفـعة في « الكفاية » عن ابن الصباغ وغيره .

قوله : وزاد المصنف تحقيقات أوردها في أصول الفقه منها : أنه لا حاجة إلى تتبع الأحاديث على تفرقها وانتشارها ، بل يكفي أن يكون له أصل مصحح وقعت العناية فيه بجمع أحاديث الأحكام كسنن أبي داود ، ويكفي أن يعرف مواقع كل باب فيراجعه إذا احتاج إلى العمل بذلك الباب .

ومنها : أن كل حديث أجمع السلف على قبوله أو تواترت عدالة رواته فلا حاجة إلى البحث عن عدالة رواته ، وما عدا ذلك ينبغي أن يكتفي في عدالة رواته بتعديل إمام مشهور عرف صحة مذهبه في الجرح والتعديل . انتهى .

أما الأول : فقد اعترض عليه في « الروضة » فقال : لا يصح التمثيل بسنن أبي داود ، فإنه لم يستوعب الصحيح من أحاديث الأحكام [ولا معظمه، وهذا الذي ذكره لا يرد فإنه لم يدع استيعاب الأحكام] [1] بل ادعى الاعتناء فيه بالجمع .

ولا شك أن السنن المذكورة كذلك ، ونظيره أن تقول : إن الرافعي قد اعتنى في شرحه بجميع الأحكام وإن فاته مسائل كثيرة مذكورة في المطولات والمختصرات حتى من « التنبيه » للشيخ أبي إسحاق .

وأما الثاني : فقال : إن هذه المسألة مما أطبق جمهور الأصحاب عليه وشذ من شرط في التعديل اثنين ، ثم إن تواتر العدالة لا يكفي بل لابد مع ذلك من الضبط ، والمراد بقبول السلف له : هو علمهم به ولا يكفي عملهم على وفقه فقد يكون ذلك لأجل غيره لا له .

قوله : ويشترط في القاضي وراء ما ذكره في « الكتاب » صفات أخر ، منها الإسلام والكفاية ، فلا يجوز تقليد المغفل والذي اختل رأيه ونظره بكبر ومرض ونحوهما . انتهى .

---

(١) سقط من ب .

واعلم أن هذين الشرطين ليسا زائدين على ما في « الوجيز » فإنهما شرطان لأهلية الاجتهاد والفتوى ، والأهلية كذلك قد صرح باشتراطها في القاضي ، فكأن اشتراطه للأهلية المذكورة في القاضي اشتراطًا للإسلام والكفاءة أيضًا ، والشرط الأول بخصوصه داخل أيضًا في العدالة ، وقد صرح بها في « الوجيز » .

قوله : قال في « الوسيط » : لكن اجتماع هذه الشروط متعذر في عصرنا لخلو العصر عن المجتهد المستقل ، فالوجه : يتقيد قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وإن كان جاهلاً أو فاسقًا ، لئلا تتعطل مصالح الناس ، ويؤيده أنّا ننفذ قضاء قاضي البغاة لمثل هذه الضرورة ، وهذا أحسن لكن في بعض الشروح أن قاضي البغاة إذا كان منهم وبغيهم لا يوجب فسقًا كبغي أصحاب معاوية ﷺ جاز قضاؤه .

وإن أوجب الفسق كبغي أهل النهر وإن لم يجز . انتهى .

فيه أمور :

أحدها : أن ما قاله الغزالي قد جزم به الرافعي في « المحرر » ، وكذلك صاحب « الحاوي الصغير » ، ولم يحك في « الشرح الصغير » غيره ، ونقل الرافعي في كتاب البغاة ذلك فقال : قال المعتبرون : ينظر إن كان قاضيهم لا يستحل دماء أهل العدل وأموالهم نفذ حكمه ، وإن كان يستحل دمهم لا ينفذ حكمه ، لأن من شرط القضاء العدالة ، ومنهم من يطلق القول بنفوذ حكمه . هذا كلامه .

وقال في « البحر » : يحتمل وجهين : أحدهما : لا ينفذ ويتحاكمون إلى من هو من أهل القضاء ، فإن لم يجدوا أهلاً نفذت أحكامه للضرورة . هذا كلامه .

ونقل ابن الرفعة في « الكفاية » عن « الكافي » له مثله أيضًا .

وقال ابن الصلاح وابن أبي الدم : لا نعلم أحدًا ذكر ما ذكره الغزالي، والذي قطع به العراقيون والمراوزة أن الفاسق لا تنفذ أحكامه .

وقد ظهر لك بما قلناه بطلان ما قالاه ، وتقييد الغزالي بالفاسق والجاهل يشعر بأنه لا ينفذ من المرأة والكافر ، وهو ظاهر .

الثاني : أن كلامه يقتضي : تصحيح تنفيذ الحكم من قاضي البغاة وإن كان بغيه يوجب الفسق ، وهو مخالف لما سبق في قتال البغاة .

الثالث : أن ما جزم به من انقسام البغي إلى فسق وغيره ، قد ضعفه في قتال البغاة في الكلام على الحكم ، وصحح أنه ليس بنسق مطلقًا فراجعه أيضًا.

الرابع : أن هذا التفصيل الذي نقله عن بعض الشروح المجهولة ، واقتضى كلامه استغرابه غريب لأجل ما نقلناه عنه أيضًا الآن من كلامه في قتال البغاة .

قوله : وهل على المجتهد تجديد الاجتهاد إذا وقعت الحادثة مرة أخرى أو سئل عنها مرة أخرى أم يجتهد اجتهاده الأول ؟ وجهان ، كما سبق في القِبْلَة . انتهى .

والأصح كما قاله في « شرح المهذب » و«زوائد الروضة » : لزوم التجديد ، قال : وهذا إذا لم يكن ذاكرًا للدليل الأول : ولم يتجدد ما قد يوجب رجوعه ، فإن كان ذاكرًا : لم يلزمه قطعًا ، وإن تجدد ما قد يوجب الرجوع : لزمه قطعًا .

قوله : وإنما يسأل ممن عرف علمه وعدالته ، وإذا لم يعرف العلم بحث على الحال من الناس ، وإذا لم يعرف العدالة فلصاحب « الكتاب » فيه

احتمالان ذكرهما في الأصول :

أحدهما : أن الجواب كذلك .

وأشبههما : الاكتفاء بأن الغالب من حال العلماء العدالة ، بخلاف البحث عن العلم فليس الغالب من الناس العلم ، ثم ذكر احتمالين في أنه إذا وجب البحث فيفتقر إلى عدد التواتر أم يكفي إخبار عدل أو عدلين ؟ أقربهما الثاني . انتهى كلامه .

استدرك عليه في « شرح المهذب » و « زوائد الروضة » فقال : الاحتمالان في ما إذا لم يعلم العدالة ، هما في ما إذا كان مستورًا : وهو الذي ظاهره العدالة ولم يختبر باطنه ، وهما وجهان ذكرهما غيره .

أصحهما : الاكتفاء لأن العدالة الباطنة تعز معرفتها على غير القضاة فيعسر على العوام تكليفهم بها .

وأما الاحتمالان المذكوران ثانيًا فهما محتملان ، ولكن المنقول خلافهما والذي قاله الأصحاب أنه يجوز استفتاء من استفاضت أهليته ، وقيل لا يكفي الاستفاضة ولا التواتر ، بل إنما يعتمد قوله : أنا أهل للفتوى ، ويجوز استفتاء من أخبر ثابت الأهلية بأهليته .

قوله : وإذا وجد مفتيين فأكثر فهل يلزمه أن يجتهد ويسأل أعلمهم ؟ فيه وجهان : أصحهما عند عامة الأصحاب : لا ، بل يتخير ويسأل من شاء منهم لأن الأولين كانوا يستفتون من شاءوا من الصحابة .

ثم قال : وذكر صاحب « الكتاب » في الأصول : أنه إذا كان يعتقد أن أحدهم أعلم لم يجز أن يقلد غيره ، وإن كان لا يجب عليه البحث عن الأعلم إذا لم يعتقد اختصاص أحدهم بزيادة علم . انتهى كلامه .

وهذا الذي ذكره الغزالي قد ذكره أيضًا غيره ، قال في « الروضة » : وهو إن كان ظاهرًا ففيه نظر لما ذكرناه من سؤال أحاد الصحابة ﷺ مع وجود أفاضلهم فقد يمنع هذا ، ثم قال ـ أعني : النووي ـ وعلى الجملة [المختار] [(١)]ما ذكره الغزالي ، فعلى هذا يلزمه تقليد أورع العالمين وأعلم الورعين ، فإن تعارضا قدم الأعلم على الأصح .

قوله : في « أصل الروضة » : فرع : إذا استفتى وأجيب فحدثت له تلك الحادثة ثانيًا ، فإن عرف استناد الجواب إلى نص أو إجماع فلا حاجة إلى السؤال ثانيًا وكذا لو كان المقلد ميتًا وجوزناه .

وإن عرف استناده إلى الرأي والقياس أو شك والمقلد حي فوجهان :

أحدهما : لا يحتاج إلى السؤال ثانيًا ، لأن الظاهر استمراره على جوابه .

وأصحهما : يلزمه السؤال ثانيًا . انتهى .

ومحل هذا الخلاف إذا لم يكثر وقوع المسألة ، فإن كثر لم يجب على العامي تجديد السؤال جزمًا ، كذا ذكره النووي في أوائل « شرح المهذب » .

قوله : وإذا [سأل] [(٢)] بالرقعة فليكن كاتبها حاذقًا ليبين موضع السؤال ويسقط مواضع الاشتباه لئلا يذهب الوهم إلى غير ما وقع عنه السؤال .

كما يحكي أنه كتب عقلاً في زمان أبي الحسين الكرخي : ما يقول الفقهاء في رجل قال لامرأته : [أنت طالق إن ، ثم] [(٣)] وقف عند « إن » ، [فقرأوا: إن تم وقف عبدان] [(٤)] وأجابوا بأنه إن تم وقفه طلقت وإلا فلا ، فعرضت الرقعة على الكرخي فلما تأملها عرف أنهم صحفوا وأن الكاتب أراد

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ب .

(٤) سقط من أ .

أنه قال : أنت طالق إن ، ثم أمسك بعد « إن » ، فلم يذكر شرطًا . انتهى كلامه .

وهذه المسألة وهي الوقوف على أداة شرط لم يصرح هنا بحكمها ، وقد يتشرف الواقف على هذا الوضع إلى معرفة ذلك ، وقد ذكرها الرافعي في موضعين بجوابين مختلفين ، تبعه عليهما في « الروضة » :

أحدهما : في باب عدد الطلاق .

والثاني : في أوائل الشرط في الطلاق فراجع ذلك ، وعبدان : بباء موحدة تثنية عبد .

قوله : وإذا رأى في الفتيا جواب من لا يصلح للفتوى لم يفت معه .

قال الصيمري : وله أن يضرب عليه بإذن صاحب الرقعة وبغير إذنه ، ولا يحبسها إلا بإذنه . انتهى .

وما نقله عن الصيمري من الضرب على خط الأول بغير إذن مالكها ، قد ذكر العبادي في « الزيادات » بالنسبة إلى إصلاح كتب العلم ما يخالفه ، فإنه قال : لا يجوز إصلاح ما يقع فيها من الغلط بغير إذن إلا أن يكون قرآنًا ، فإنه يجب .

قوله : ويجوز أن يكتفي برسول ثقة وبالرقعة . انتهى .

ومحل الاعتماد على الرقعة إذا أخبره من يقبل خبره أنه خطه أو كان يعرف خطه ، ولم يشك فيه ، كذا نبّه عليه في « شرح المهذب » و « زوائد الروضة » وهو واضح .

قوله : ولو نكح مجتهد امرأة خالعها ثلاثًا ،لأنه رأى الخلع فسخًا ثم تغير اجتهاده ، قال صاحب « الكتاب » في « الأصول » : يلزمه تسريحها، وأبدى ترددًا في ما إذا فعل المقلد مثل ذلك ، ثم تغير اجتهاد مقلده، قال : والصحيح

أن الجواب كذلك ، كما لو تغير اجتهاد المقلد في الصلاة فإنه يتحول . انتهى .

وهذا الذي قاله الغزالي نقله النووي عن الصيمري والخطيب البغدادي وغيرهما .

قال : ولا نعلم فيه خلافًا لأصحابنا .

قوله : ولو قال المجتهد للمقلد في صورة النكاح المذكورة : أخاطبك من قلدته ؟ فإن كان الذي قلده أعلم من الثاني ، أو استويا فلا أثر لقوله .

وإن كان الثاني أعلم فالقياس : أنّا إن أوجبنا تقليد الأعلم فهو كما لو تغير اجتهاد مقلده ، وإلا فلا أثر له .

اعترض في « الروضة » فقال : هذا الذي زعم الإمام الرافعي أنه القياس ليس بشيء ، بل الوجه الجزم بأنه لا يلزمه شيء ، ولا أثر لقوله الثاني، وهذا كله إذا كانت المسألة اجتهادية . هذا كلامه .

والذي ذكره رحمه الله ـ أعني النووي ـ ضعيف أو باطل .

والصواب ما ذكره الرافعي ، فقد ذكر هو والرافعي وغيرهما في الصلاة ما هو أبلغ منه فقالوا : إنه إذا صلى بالتقليد ، ثم قال له : من هو أعلم من الذي قلده أخاطبك الذي قلدته .

فهو كتغير اجتهاده حتى يجب عليه الأخذ بالثاني وهو مع ما قاله هنا في غاية التنافي .

ثم إنه هل يخص ما قاله هنا بهذه المسألة أو يطرده في سائر المسائل ؟

قوله : من « زوائده » قال الصيمري : وتقبل فتاوى أهل الأهواء والخوارج ومن لا يكفر ببدعته ولا بفسقه ، وذكر الخطيب هذا ، ثم قال : وأما الشراة بضم الشين المعجمة ، والرافضة الذين يسبون السلف ـ رضي الله تعالى

عنهم ـ ففتاويهم مردودة وأقاويلهم ساقطة . انتهى .

وهذا الذي نقله عن الخطيب في الشراة والرافضة قد جزم به في أوائل «شرح المهذب » ، لكن نقل الرافعي ، في كتاب الشهادات أن الأكثرين على قبول شهادة الذين يسبون الصحابة ، وزاد في « الروضة » على هذا فقال : إنه الصواب .

والجمع بين المقالتين مشكل ، فما الفرق بين قبول شهادته وقبول فتواه إذا كان مجتهداً مع اشتراط العدالة في الموضعين ؟

واعلم أن هذه المسألة مع المسائل الستة الآتية بعدها جميعها من الزوائد.

والشراة : جمع شاري وهو البائع قال تعالى: ﴿ وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ ﴾[1] أي باعوه ولقبوا أنفسهم بذلك ،لأنهم يقولون إنهم باعوا أنفسهم لله تعالى في القيام بنصرة دينه .

قوله : وهل يشترط في المفتي أن يعرف من الحساب ما يصحح به المسائل الحسابية الفقهية ؟ وجهان : حكاهما الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني وصاحبه أبو منصور البغدادي . انتهى .

والأصح : هو الاشتراط كذا صححه النووي في أوائل « شرح المهذب » وابن الصلاح في « أدب المفتي » ، وقال الروياني : المذهب أنه لا يشترط .

قوله : وإن كان له أي للمفتي رزق لا يجوز أخذ الأجرة ، وإن لم يكن له رزق لم يجز أخذ أجرة من أعيان المستفتين كالحاكم ، واحتال الشيخ أبو حاتم القزويني في « حيله » فقال : يقول للمستفتي : يلزمني أن أفتيك قولاً ولا يلزمني أن أكتب لك . فإن استأجره عن الكتابة جاز .

وهذا الذي ذكره ، وإن كان مكروهًا فينبغي : أن لا يأخذ من الأجرة إلا قدر أجرة كتابة ذلك القدر لو لم تكن فتوى ، لئلا يكون آخذاً زيادة بسبب

---

(١) سورة يوسف (٢٠) .

الإفتاء . انتهى كلامه .

وما ذكره من جواز استئجار المفتي للكتابة قد ذكره الرافعي بعد هذا في الباب الثاني قُبيل الأدب السادس المعقود للمشاورة وأشعر كلامه بحكاية خلاف فيه ، فإنه حكى وجهين في القاضي وصحح الجواز ، ثم قال : وكذا استئجار المفتي ليكتب الفتوى .

وقوله : واحتال الشيخ ، هو بالحاء المهملة وباللام في آخره .

قوله : قال الصيمري والخطيب وغيرهما : لو اجتمع أهل البلد على أن جعلوا للمفتي رزقًا من أموالهم ليتفرغ لفتاويهم جاز . انتهى .

وما ذكره من « زوائده » قد ذكره الرافعي في الباب الذي يلي هذا الباب في الأدب الثالث المعقود لترتيب الكتاب المزكيين والمترجمين في الكلام على رزق القاضي ، ونقله عن الصيمري كما نقله النووي ، وحذفه النووي من هناك لكونه وقع بطريقة التبعية فلزم خلو كلام الرافعي عنه .

قوله : فإذا كان أحد القولين منصوصًا للشافعي والآخر مُخَرّجًا ، فالمنصوص هو الراجح المعمول به غالبًا ، كما إذا رجح الشافعي أحد القولين بل هو أولى . انتهى .

واعلم أن كلام النووي هذا ظاهر في ترجيح أحد القولين على الآخر بكونه منصوصًا والآخر مخرّجًا ، وهذا إنما حكاه في « شرح المهذب » احتمالاً لنفسه بعد أن نقل أنه لا مدخل لذلك في الترجيح .

واعلم أن الشافعي إذا نص في مسألة على قولين ثم أجاب في موضع آخر بأحد القولين فهل يكون ذلك اختيارًا منه لذلك القول ؟ قال : أبو علي الطبري وغيره : نعم ، وقال قائلون : لا ، إذ ليس من شرط القولين أن يذكرا في جميع المواضع ، كذا ذكره الرافعي قبل كتاب الديات بنحو خمسة أوراق وحذفه من « الروضة » .

قوله : واعلم أن نقل العراقيين لنصوص الشافعي وقواعد مذهبه ، ووجوه المتقدمين أيقن وأثبت من نقل الخراسانيين . انتهى .

وقد سبق الكلام على طوائف أصحابنا ، ومما ينبغي استحضاره في ذلك أن « الرافعي » قبل كتاب المسابقة بنحـو ورقة وهو آخر الأطعمة قد عبر في مسألة بقـوله : وهو الذي أورده « العراقيون » و « الطبـريون » من أصحابنا هذه عبارته وتبعه عليه في « الروضة » .

قوله : واعلـم أنه متى كان في المسـألة قولان قـديم وجديد فالعـمل على الجديد ، إلا في نحو عشرين أو ثلاثين مسألة أوضحتها في «شرح المهذب» . انتهى .

واعلم أن كلامـه هذا موقوف على مقـدمة في بيان القديم والجـديد وما يتعلق به ، وها أنا ذاكرها ملخصة ثم أعـود إلى ما أشار إليه من عد الصور وإلى ذكر ما يتعلق بها .

فنقول : الـقديم : هو ما صنـفـه الشـافعي بالـعـراق ويـسمى كـتاب «الحجة »، ورواته كما قال الروياني أربعة :أحمد بن حنبل ، والزعفراني ، وأبو ثور والكرابيسي .

وأما الجـديد : فهـو ما صنفه فـي مصر أو أفـتى به ، ورواته سبـعة : المزني، والبويطي ، والربيع المرادي ، والربيع الجيزي ، وحـرملة ، ومحمد بن عبد الله بن عبد الحكم ، وعبد الله بن الزبير المكي .

وبعض هؤلاء أشد صـحبة له من بعض ، وذكر الإمام فـي كتاب الخلع أن « الأم » من الكتب القديمة .

قال ابن الرفعة : ولم أظفر بذلك في غيره .

قلت : وقد ظفرت بما قاله الإمام للخوارزمي في مقدمة كتابه « الكافي»

فإنه قال : وأما « الأم » و « الإملاء » فصنفهما الشافعي بمكة بعد أن فارق بغداد في المرة الأولى وقبل رجوعه إليها في المرة الثانية ، ثم رجع بعد تصنيفهما إلى بغداد فأقام شهراً ثم خرج إلى مصر فصنف بها كتبه الجديدة.

هذا لفظه وهو صريح في ما قلناه إلا أن المعروف خلافه ، قال في «الاستقصاء » : روى المزني أنها بمصر .

ومنها : « الأمالي » ، صنفها ـ رحمه الله ـ بمصر ، كذا رأيته في أول تعليق الشيخ أبي حامد .

ومنها : « الإملاء » صرح جماعات منهم الرافعي في مواضع كثيرة من شرحه بأنه من الجديد وفيه ما قدمناه من كلام الخوارزمي ،وهو غير «الأمالي» كما قاله في « تهذيب الأسماء واللغات » ، وقد ذكرت في مقدمة الكتاب بقية كتبه وأمعنت الكلام عليها فراجعه .

ومما ذكرته هناك أن « الأم » رواية « البويطي » وترتيب الربيع المرادي إلا أنه زاد فيها أشياء مميزة فتفطن له .

إذا تقرر هذا فما قاله في كتابه القديم أو أفتى به هناك ونحوه تارة ينص في الجديد على خلافه ، وتارة لا يتعرض له .

فإن لم يتعرض له في الجديد بنفي ولا إثبات بل ذكر المسألة في القديم ونص على حكمها وسكت عنها في الجديد كما نقل في مسائل :

منها : استحباب الغسل للحجامة ،وللخروج من الحمام فإن الفتوى تكون عليه ويكون مذهب الشافعي ، كذا ذكره في أول « شرح المهذب » ، وفيه نظر : فإن ظاهر كلام الشافعي الرجوع عن كل ما قاله في القديم إلا أن ينص على وفقه في « الجديد » ، فإنه غسل تلك الكتب ثم قال : ليس في حِلٍ من روى عني القديم ، كذا ذكره الشيخ تاج الدين الكندي المعروف

بالفركاح في كراسة صنفها في الرد على من زعم أنه يفتي على القديم في مسائل .

وإن تعرض له في الجديد فإما أن يكون على وفق القديم أو على خلافه.

فإن كان على وفقه فالحكم المعمول به لا يختلف ، لكنه منسوب إلى الجديد فقط أم إليهما ؟ ظاهر كلام الأصحاب قاطبة أن ذلك منسوب إليهما حتى يقال : لم يزل رأي الشافعي على ذلك قديمًا وجديدًا ، وفيه بحث مستنده ما تقدم .

وإن نص على خلافه فتارة يشير إلى الرجوع عن السابق وتارة لا يشير.

فإن أشار للرجوع عنه فلا يعمل بالقديم ، وليس من مذهب الشافعي في شيء بل نسبته له كنسبة أقوال الغير ، كما قال في مسألة صوم المتمتع أيام التشريق .

وقد قال قوم : بصوم المتمتع أيام التشريق ، وقد كنت أراه ، وكذا ما ذكره في القديم من أن مسح الخف لا يتأقت ، فإن الشيخ أبا حامد حكى في « التعليق » عن الزعفراني : أن الشافعي رجع عنه قبل خروجه إلى مصر فلم تصر المسألة على قولين .

وإن نص على خلافه في الجديد ولم يصرح بالرجوع عن القديم ففيه خلاف للأصحاب حكاه الإمام في باب العاقلة ، والفوراني في كتابه المسمى «بالعمد » في باب اختلاف نية الإمام والمأموم ، وكذا الرافعي في « الشرح الكبير » ، والراجح عند الإمام : أنه رجوع .

قال في باب العاقلة : وقد ذكرت مرارًا أنه لا يحل عد القول القديم من مذهب الشافعي مع رجوعه عنه ، وقد حكى القاضي والصيدلاني في ذلك

خلافًا للأصحاب .

وبالجملة فمن قال شيئًا ثم قال بخلافه فلا وجه لمقلده إلا [العمل][1] بالمتأخر . انتهى .

وذكر أيضًا عند الكلام على سبق الحدث : أن الشافعي إذا نص في القديم على شيء وجزم بخلافه في الجديد فمذهبه الجديد وليس القديم معدودًا من المذهب .

لكن أئمة المذهب يعتادون توجيه الأقوال القديمة ، واختار النووي في «شرح المهذب » ما رآه الإمام ونسب خلافه إلى الغلط ، والذي اختاره هو الظاهر ، وإن كان الأول ظاهر كلام الشيخ أبي حامد والبندنيجي وابن الصباغ وغيرهم حيث ذكروا القول المتقدم قريبًا من عدم تأقيت المسح ، وادعوا أن المسألة ليست على قولين لأن الشافعي رجع عنه قبل خروجه إلى مصر فدل على أن القولين إذا لم يصرح بالرجوع عنه يكون له الآن في تلك المسألة قولان .

وإنما رجحنا الأول لأمور :

منها : أن المقلد مع المجتهد كالمجتهد مع الرسول ، فكما أن الحادث من أدلة الشرع ناسخ للمتقدم منها إجماعًا يجب على المجتهد أن يأخذ به كذلك المقلد مع المجتهد . فإن المجتهد مأمور في حق نفسه بما أدى إليه اجتهاده آخرًا وهو المنسوب إليه ، فمن قلده كذلك ، وأيضًا فإن نصه في الجديد على خلاف نصه في القديم لا جائز أن يكون إلا كدليل ، وذلك الدليل لا جائز أن يكون مساويًا لدليل القديم وإلا لم يثبت القول ، بل كان يتوقف كما توقف في كثير من المسائل فقال : ولا يتبين إلى أن أوجب كذا أو أقول كذا، ولا مرجوحًا أيضًا فتعين رجحانه في نظيره على دليل القديم .

---

(١) سقط من ب .

ومذهب المجتهد إنما هو الراجح في نظره دون المرجوح .

وأما المسائل التي عدوها وجعلوها مما يفتى فيه على القديم سببه أن جماعة من المنتسبين لمذهب الشافعي بلغوا رتبة الاجتهاد في مذهبه وربما جاوزها بعضهم إلى التحري في أقوال العلماء فلاح لهم في بعض المسائل أن القديم أظهر دليلاً من الجديد فأفتوا به بناء على ظهور الدليل غير ناسبين ذلك إلى الشافعي .

وكذلك القول المُخَرَّج حكمه حكم القول القديم ، فمن بلغ رتبة التخريج ولاح له الدليل أفتى بالقديم والمخرج ،ومن لم يبلغ هذه الأهلية فلا وجه لعمله ولا لفتواه بشيء منهما ، كذا ذكره جماعة منهم النووي في أوائل «شرح المهذب » على أن المسائل التي عددها لا يسلم أن الإفتاء فيها على القديم لأمرين :

أحدهما : أن الأكثرين خالفوا في معظمها فأفتوا فيها بالقول المشهور بالجديد .

والثاني : أن أكثرها فيها قول جديد موافق للقديم فتكون الفتوى على الجديد لا على القديم .

إذا علمت ذلك فقد آن لنا أن نسرد تلك المسائل التي أشار إليها وذكرنا هذا الفصل بسببها .

فنقول : الذي ذكره ـ رحمه الله ـ في « شرح المهذب » ثمانيه عشرة مسألة أخذها من ابن الصلاح إلا مسألة واحدة ، منها ثلاثة اقتصر عليها الإمام.

إحداها : عدم [وجوب] (١) التباعد في الماء الكثير بقدر قلتين .

الثانية : استحباب التثويب في الأذان للصبح .

---

(١) في ب : وجود .

الثالثة : لم يصرح بها الإمام في « النهاية » لكن لما وصل إلى قراءة السورة في الركعتين الأخيرتين ذكر أن العمل فيها على القديم وهو عدم القراءة ، وقال الإمام في مختصره لكتاب « النهاية » : إن الثالثة تأتي في باب زكاة التجارة ، وقال بعضهم : هي أربع عشرة مسألة ، هذه الثلاثة .

والرابعة : عدم تنجس الماء الجاري إذا لم يتغير .

الخامسة : عدم النقض بلمس المحارم .

السادسة : استحباب تعجيل العشاء ، فإنه القديم .

والسابعة : امتداد وقت المغرب إلى مغيب الشفق .

الثامنة : جواز اقتداء المنفرد في أثناء الصلاة .

التاسعة : كراهة تقليم أظفار الميت .

العاشرة : عدم اعتبار النصاب في الركاز .

الحادية عشرة : جواز اشتراط التحلل من الإحرام بعذر المرض .

الثانية عشرة : تحريم أكل جلد المدبوغ .

الثالثة عشرة : وجوب الحد بوطء المحرم بملك اليمين .

وقال بعضهم : إنها ثماني عشرة منها الثلاث عشرة السابقة .

والرابعة عشرة : الجهر بالتأمين للمأموم في الصلاة الجهرية .

الخامسة عشرة : استحباب الخط بين يدي المصلي عند عدم الشاخص .

السادسة عشرة : صيام الولي عن الميت الذي عليه صوم .

والسابعة عشرة : إجبار الشريك على العمارة .

الثامنة عشرة : جعل الصداق في يد الزوج مضمونًا ، ضمان يد ، انتهى ما قاله في « شرح المهذب » .

وكان قد ادعى قبل ذلك أن بعضهم عـدها أربع عشرة من غير ذكر هذه الخمس التي عـدها ، فلما شرع فـي العد لم يذكر إلا ثلاث عـشرة وأهمل الرابعة عـشرة وهي : جواز الاستنجـاء بالحجر في ما جـاوز المخرج ، ولم يبلغ ظاهر الإلية ، نبّه عليها ابن الصلاح في « أدب المفتي » له .

والصورة التي ذكرنا أولاً أن النووي زادها هي : الجهـر بالتأمين للمأموم في الصلاة الجهرية ، وقد نجـز ما أردناه من الكلام على هذه المسألة ملخصًا مختصرًا ، فإن كان فيه طول بالـنسبة إلى قاعدتنا في هذا الكتاب فهو قليل بالنسبة إلى ما تحمله المسألة ، غيـر أنه مشتمل على فوائد لا توجد في غيره صالحة لأن تكون تصنيفًا مستقلاً .

قوله : ويستحب أن يكتب في أول فـتواه : « الحمد لله » أو « الله الموفق » أو «حسبنا الله » أو « حسبي الله » ونحو ذلك . انتهى .

قال النـحاس كمـا نقله عنه في أوائل « شـرح المهذب » : حســبي الله أولى من حسبنا الله لما في الثانية من التعظيم .

قال : ويؤيد ما قاله أن الله سبحانه وتعالى لما أمر نبيه بالتفويض وعلمه ما يقول أمره بها فقال : ﴿ **فَإِن تَوَلَّوْاْ فَقُلْ حَسْبِيَ اللَّهُ** ﴾ [١] .

وإن كان قد ورد المدح أيضًا على قول الثانية حيث قال تعالى : ﴿ **الَّذِينَ قَالَ لَهُمُ النَّاسُ** ﴾ إلى أن قال : ﴿ **وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ** (١٧٣) ﴾[٢] لكن الأولى أولى لأنها شـرعت لتعليم مـا يقال والثـانية وردت على حـسب ما وقع، وأيضًا ففــي « البخاري » [٣] عن ابن عبـاس قال : **كـان آخر قـول إبراهيم حين ألقي في النار : حسبي الله ونعم الوكيل .**

---

(١) سورة التوبة (١٢٩) .

(٢) سورة آل عمران (١٧٣) .

(٣) حديث (٤٢٨٨) .

لكن ورد عن ابن عباس أيضًا بالنون فروى عنه « البخاري »[1] أيضًا أنه قال : **حسبنا الله ونعم الوكيل قالها إبراهيم حين ألقي في النار ، ومحمد ﷺ حين قيل له : إن الناس قد جمعوا لكم .**

وهذه المسألة أحد المسائل السبع التي هي من « زوائد النووي » كما ذكرنا في المسألة الأولى فتفطن لذلك .

قوله : الثانية : إذا نهاه عن الاستخلاف لم يجز الاستخلاف فإن كان ما فوضه إليه لا يمكنه القيام به ، فقال القاضي أبو الطيب : هذا النهي كالعدم والأقرب أحد أمرين ، إما بطلان التولية ، وبه قال ابن القطان ، وإما اقتصاره على الممكن وترك الاستخلاف . انتهى .

والثاني : هو الصحيح ، فقد جزم به الماوردي وغيره ، وقال ابن الرفعة في «الكفاية » : إنه المشهور ، وقال في « الروضة » من « زوائده » : إنه الأرجح .

وإطلاقهم يقتضي أنه لا فرق في تعاطي الممكن بين أن يكون إمكانه مقارنًا للتولية أو طارئًا عليها .

قوله : وجميع ما ذكرناه في الاستخلاف العام ، أما الخاص كتحليف وسماع بينة فقضية إطلاق الأكثرين جعله على الخلاف ، وعن القفال : القطع بجوازه ، لأن القاضي لا يستغني عنه فيجري مجرى التوكيل . انتهى .

وما ذكره هنا من إلحاق التفويض الخاص بالعام قد ذكر ما يخالفه في الكلام على العزل ، لأنه حكى الخلاف في انعزال الخلفاء بموت القاضي وانعزاله ، وجزم بانعزال الخليفة في شيء خاص ، ولو ولاه شيئًا خاصًا كتزويج اليتامى والنظر في أمرهم فليس له أن يستنيب ، ذكره شريح الروياني في « أدب القضاء » له .

---

(١) حديث (٤٢٨٧) .

قوله : فإن اتفق نصب قاضيين ولم يشترط اجتماعهما ولا استقلالهما فقال صاحب «التقريب» : يحمل على إثبات الاستقلال تنزيلاً للمطلق على ما يجوز ، وقال غيره : التولية باطلة حتى يصرح بالاستقلال . انتهى .

قال في « الروضة » : قول صاحب « التقريب » [أصح] (١) وبه قطع الرافعي في « المحرر » والله أعلم .

وما ذكره من قطع « المحرر » غلط ، بل حكى وجهين وعبر بقوله : أصح الوجهين ، ويحتاج إلى الفرق بين هذه المسألة وبين مسألة في الوصية يأتي الكلام عليها في أول الفصل المعقود للعزل .

قوله : وإذا تنازع الخصمان في اختيار القاضيين ، فقد أطلق الغزالي أنه يقرع ، وقال الماوردي : يجاب الطالب دون المطلوب . انتهى .

جزم الروياني في « البحر » بما قاله الماوردي .

قوله : وبم يلزم حكم المحكم ؟ فيه قولان ، ويقال : وجهان :

أحدهما : بتراضيهما بعد الحكم ، لأن رضاهما معتبر في الحكم فكذلك في لزومه ، وهذا أشبه بما قيل في قسمة من تراضى الشريكان بقسمته على ما سيأتي .

وأصحهما : على ما ذكر القاضي الروياني : أنه يلزم بنفسه . انتهى .

والصحيح ما قاله الروياني ، فقد قال الرافعي في « المحرر » : إنه الأظهر ، وكذلك النووي في أصل « الروضة » .

قوله : وإذا ولى من لم يعرف حاله لم تنعقد التولية وإن عرف من بعد أنه بصفات القضاء . انتهى .

وما ذكره من عدم الصحة قد اشتهر على الألسنة قديمًا إشكاله ، وذلك

(١) سقط من أ .

لأنه قد تبين اجتماع الشروط حالة الولاية وليس هو مما تعتبر فيه النية حتى يقال : إنه أقدم عليه مترددًا ، فلا يصح كما لو اقتدى بخنثى ثم تبين أنه رجل ، بل هذا نظير البيع والإجارة والنكاح وغيرها من العقود المستجمعة للشروط في نفس الأمر لا في ظن العاقد ، وقد أجابوا في جميعها بالصحة كما صرحوا به في الكلام على ما إذا باع مال أبيه على ظن حياته فبان ميتًا، بل مسألتنا أولى بالصحة لظنه هناك عدم وجود الشروط ، لأن الغرض أنه ظنه لغيره ، وفي مسألتنا لم يظن شيئًا وقد صحح النووي في «الروضة» : أنه إذا عقد بشهادة خنثيين ثم بان أنهما رجلان أن العقد يصح .

قال : وليس كالاقتداء بخنثى وتبين أنه رجل لتردده في النية ، ولم يصحح الرافعي في تلك شيئًا .

فأقل مراتب هذه المسألة أن تكون على ذلك الخلاف ، والصحيح فيه الصحة .

والجواب : أن تولية الحاكم حكم بأهلية المولى ، وليس للحاكم أن يحكم إلا بعد قيام المستند حتى لو حكم ثم قامت بينة بعد ذلك على وفق الحكم لم يكن ذلك الحكم نافذًا ، وما ذكرناه من كون تصرف الحاكم حكمًا فيه نزاع قدمناه مبسوطًا في أوائل النكاح في الكلام على الموانع فراجعه .

قوله : وفيه ـ أي : في « الأحكام السلطانية » ـ أن صريح التولية : وليتك، واستخلفتك ، وأن : فوضت إليك ؛ كناية ، ولا يكاد يتضح فرق بين وليتك وفوضت إليك . انتهى ملخصًا .

وبينهما فرق ظاهر تعرض له أيضًا في « الروضة » ، وهو : أن «وليتك» متعين لجعله قاضيًا ، وأما فوضت : فيحتمل ذلك ، وتوكيله في نصب قاض .

الفصل الثاني : في العزل والانعزال

قـوله : وإن كتب : إذا قـرأت كتـابي هذا فـأنت معـزول ، لم ينعزل قـبل القراءة ، ثم إن قـرأه بنفسه انعـزل ، وكذا إن قرئ عليـه في أصح الوجهين ، لأن الغرض إعلامـه بصورة الحال ، ولو كان الـقاضي أميًا وجوزنـاه فقرىء عليه فالانعزال أولى .انتهى .

وما ذكـره من تصحيـح العزل عند القراءة عليـه قد سبـق في نظيره من الطلاق [ما يخالـفه ، وسبق ذكر لفظه هناك ، ذكر ذلك فـي الباب الثاني في أركـان الطلاق] [١] في الكلام على كتب الطلاق ، وفيـه أمور أخرى فراجعها ، والصواب : التسوية بين البابين وعدم الاكتفاء بها .

قوله : وفـي انعزال المستـخلف في القضـاء بانعزال الأصل ثـلاثة أوجه : ثالثها وهو الأظهر : أنه ينعزل إن لم يكن القاضي مأذونًا له في الاستخلاف ، فإن كان فينظر .

إن قال : استـخلف عني فاستخلف عنـه لم ينعزل خليفتـه ، لأنه من جهة الإمام وكان الأول سفيرًا في التولية .

وإن قـال : استـخلف عن نفـسك ، أو أطلق ، فـينعـزل لظهـور غـرض المعاونة، وبطلان المعاونة ببطلان ولايته . انتهى .

وهذا الذي ذكره في مـا إذا أطلق من كونه نائبًا عن الثاني حـتى ينعزل بعزله قـد خالفه في نظيره من الوكـالة ، فإنه ذكر القسـمين الأولين ثم ذكر الإطلاق ، وقال فـيه : الصـحيح أنه يكون نائـبًا عن الأول حتى لا يـنعزل بعزل الثاني، ووافقه في « الروضة » على الموضعين، ولعل العكس أقرب .

---

(١) سقط من أ .

نعم قد يتقوى ما قاله هنا بما ذكره في الإيصاء وفي سؤال العتق .

فأما الإيصاء فقال فيه : ولو أطلق وقال : أوص إلى من شئت ، أو إلى فلان ، ولم يقل : أوص عني ، فهل يحمل على ذلك حتى يصح على الصحيح ؟، أو يحمل على الوصي حتى لا يصح قطعًا ؟ فيه وجهان حكاهما البغوي وقال : أصحهما الثاني ، وما صححه البغوي من حمله على الإبطال ، ولم ينزل المطلق على ما يجوز يشكل على ما إذا نصب قاضيين وأطلق ، وقد تقدم الوعد به فراجعه .

وأما العتق فإذا قال : اعتق عبدك على ألف ، فإن قال : اعتقه عني ، صح قطعًا ، وإن قال : عن نفسك ، صح على الصحيح قياسًا على الخلع ، وإن أطلق فهل هو كقوله : عن نفسي ، لقرينة العوض أم كقوله : عنك ؟ فيه وجهان : أشبههما في الرافعي : الثاني ، كذا ذكره في الكلام على كفارة الظهار، وعَبَّر في « الروضة» : بالأصح، وفيه الإشكال السابق أيضًا.

واعلم أن الغزالي وغيره حكوا الوجه الثالث في أصل المسألة على غير ما حكاه الرافعي ، فقالوا : إن استخلف بالإذن لم ينعزل وإلا انعزل .

وحكى الماوردي وتبعه عليه في « الكفاية » وجهًا آخرًا : أنه إن كان الميت قاضي القضاة لم ينعزل نوابه بموته ولا بانعزاله ، وإن كان قاضي ناحية انعزلوا لقلة الضرر .

قوله : ولو كان الإمام قد نصب بنفسه نائبًا عن القاضي في الحكم ، فعن أبي الفرج السرخسي : أنه لا ينعزل بموت القاضي وانعزاله ؛ لأنه مأذون من جهة الإمام ،ويجوز أن يقال : إذا كان الإذن مقيدًا بالنيابة ولم يبق الأصل لم يبق النائب. انتهى .

وما ذكره الرافعي بحثًا ، واقتضى كلامه عدم الوقوف عليه وتابعه عليه في « الروضة » أيضًا ، قد حكاه الماوردي فإنه قد حكى وجهين في أنه هل

للقاضي عزل هذا الشخص الذي استنابه الإمام ؟ وصرح في استنابته بأنه نائب عن القاضي في تلك الجهة، وإذا كان له عزله فينعزل بموته بلا شك .

قوله : ولا تقبل شهادة الحاكم بعد العزل على حكمه ، فلو شهد مع غيره أن حاكمًا جائر الحكم حكم بكذا ، ولم يضفه إلى نفسه فوجهان : أقربهما: القبول ، ووجه المنع : أنه قد يريد نفسه ، ثم يجوز أن يقال : الوجهان في ما إذا لم يعلم القاضي أنه يشهد على فعل نفسه ، فإن علم فهو كما لو أضاف ، ويجوز أن يقال : هما إذا علم ، فإن لم يعلم قبل قطعًا لجواز إرادة غيره .

وعلى هذا الاحتمال لو شهد المعزول أن حاكمًا حكم بكذا وشهد معه آخر أن المعزول حكم به وجب أن لا يقبل ، لأنه على هذا التقدير لا يعني إلا بتصحيح الصيغة . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن الاحتمال الثاني لا يتصور [هنا] [1] ، لأنه علل وجه المنع بأنه قد يريد نفسه ، ولو كان محلهما ما إذا علم لم يصح هذا التعليل ، لأنه تعليل [محل] [2] النزاع .

الأمر الثاني : أن كلام الأصحاب يدل على الاحتمال الثاني فإن الإمام علل وجه المنع بقوله : فإن الظاهر أنه يعني نفسه ، وذكر الماوردي نحوه فقال : ففي قبول شهادته وجهان : أحدهما : لا تقبل حتى يعزيه إلى غيره لجواز أن يكون هو الحاكم به .

وكذلك البغوي فإنه علل القبول بأن الظاهر أنه يريد حكم غيره .

وقد وافقه النووي على نقل الاحتمالين فقط ، ولم ينقل عن الأصحاب

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

في ذلك شيئًا لكنه صحح الأول .

واعلم أن البغوي قد ذكر في « فتاويه » ما يوافق الاحتمال الثاني وهو أن المرعي في شهادة المعزول صحة الصيغة لا غير ، فإنه يحكم في ما إذا باع رجل دارًا وغصبها غاصب من المشتري فادعى هذا المشتري على الغاصب وقال : إن البائع إذا شهد مطلقًا أنها ملك هذا المشتري يقبل ، وإن علم القاضي أنه باعها لا يرد شهادته ، كمن رأى شيئًا في يد إنسان مدة يتصرف فيه تصرف الملاك له أن يشهد له بالملك مطلقًا ، ولو علم القاضي أنه شهد بظاهر اليد لا ترد شهادته ، وإن كان لو صرح لا تقبل .

قوله : ليس على القاضي تتبع أحكام من قبله من القضاة اكتفاء بأن الظاهر فيها السداد ، وفي جواز تتبعها وجهان في « المهذب » ، اختيار الشيخ أبي حامد فيهما الجواز . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » وقد أعاد المسألة في الباب الذي بعد هذا في أثناء الأدب العاشر ، فذكر ما حاصله : الجزم بأنه ليس له ذلك فإنه قال : إلا أنه لا يتبع قضاء غيره ، وإنما ينقضه إذا رفع إليه ، وله أن يتبع قضاء نفسه لينقضه .

فتعبيره بقوله : لا يتتبع ظاهره : أنه نفى الجواز ولهذا لما أخرج منه حكم نفسه عبر بالجواز فقط ، فقال : وله كذا وكذا ، وكلام الماوردي في «الحاوي » [يقتضي أن المعروف هو المنع ، فإنه حكى الجواز عن الشيخ أبي حامد فقط ، ثم قال :] [١] وجمهور البصريين على المنع .

قوله : ولو ادعى أن المعزول حكم عليه بشهادة عبدين ومن في معناهما ، فإن قال : أخذ مني المال احضره لأنه غاصب ، وإن لم يدع الأخذ فالأصحاب متفقون على أن الدعوى مسموعة في الجملة ، وعلى أن بينة

---

(١) سقط من أ .

المدعي محكوم بها ، وأما صاحب « الكتـاب » فإنه نصب الخلاف في سماع أصل الدعوى، وقـال : إنه مبني على الخـلاف في أن الحكم بشهادة العـبدين ومن في معناهما هل تقتضي غرمًا؟وهذا الخلاف غير معروف .انتهى كلامه.

وهذا الذى قاله الرافـعي هنا من إنكار الخلاف ذكره أيضًـا في « الشرح الصغير» ، وتبعه النووي في « الـروضة » ، وإنكاره غريب ، فقد صرح به القاضـي والإمام في « النهـاية » نقلاً عن العـراقيين فقـال : إذا ادعى على الأول أنه ترك الصواب في حكمه وقـضى بشهادة عبديـن أو معلنين بالفسق فهل يقبل القاضي الجديد هذه الدعوى ؟ ذكر العراقيون فيه وجهين :

أحدهما : لا يقبلها ولا يستحضر المعزول لذلك ، وهذا ليس بشيء .

والوجه : القطع باستحضاره ، هذه عبارته .

وحكى الخلاف أيضًا الهروي في « الإشراف » ، وحكاه أيضًا ابن الرفعة في « الكفاية » و « المطلب » .

وأما الخلاف الـذي ذكره الغزالي في الغُرم فـأشار به إلى أن الذي يجب بخطأ الإمام هل يجب في بيت المال أم عليه ثم تحمله العاقلة ؟

قوله في المسألة : فإذا حضر وأنكر صدق ، وكيف يصدق ؟ فيه وجهان :

أحدهما : بيمين ، وهو اختيار العراقيين والروياني كسائر الأمناء .

والثاني : بغـير يمين ، وبه قال الإصطخري وصـاحب « التلخيص » ، لأنه كان أمين الشرع فيصان مـنصبه عن الحلف ، وهذا أحسن وأصح عند الشيخ أبي عاصم وصاحب « التهذيب » ، وبـه قال صاحب « التقريب » والماوردي . انتهى .

وتعبيـره بقوله : أحسن ، يقتضـي رجحان الثاني ، ولهذا اقـتصر على نقل رجـحانه في « الشـرح الصغيـر » و « المحرر » فـقال: فـيه وجـهان :

أحسنهما : بلا يمين هذه لفظه .

ولم يذكر فيها ترجيح غيره عن أحد وقد حذف النووي من « الروضة» اللفظ الدال على الترجيح وهو لفظ : الأحسن .

إذا علمت ذلك كله فقد اختلف فيه تصحيح النووي فصحح في «المنهاج» من « زوائده » : أنه لابد من اليمين ، وخالف في « الروضة » في كتاب الدعوى والبينات ، فقال في الباب الثالث المعقود لليمين في المسألة الثانية من الطرف الثالث ما نصه : ولو ادعى على المعزول أنه حكم عليه أيام قضائه ظلمًا وأنكر ، فقد سبق وجهان في أنه يحلف أم يصدق بلا يمين وهو الأصح . انتهى .

ولم يصرح الرافعي هناك بتصحيح .

الباب الثاني
في جامع آداب القضاء

وفيه فصول :

الأول : في آداب متفرقة وهي عشرة

قوله : ويستحب أن يدخل يوم الإثنين . انتهى .

فيه أمران :

أحـدهـما : أنه إذا فاته الإثنين دخل الخـميس وإلا فالسبت ، وقـد ذكر صاحب « التتمة » ما ذكرناه ، ونبه عليه في « الروضة » من « زوائده » .

نعم لم يرتب في « التنبيـه » بين الخميس والسبت ، فإنه عـبر بقوله : فإن فاته دخل السبت أو الخميس .

الأمر الثـاني : وقد ذكره أيضًا في « التنبيه » أنه يستحب أن يكون دخوله صبيحة النهار ، ولم يذكره في « الروضة » .

نعم ذكـره في تعليق له مع نظائر المسـألة وبسط القـول فـيهـا فقـال : يستحب لمن كان له وظيفة من قراءة قرآن أو حديث أو تسبيح أو اعتكاف أو نحوها من العبادات أو صنعة من الصنائع أو عمل من الأعمال مطلقًا يتمكن من فعله في أول النهـار أن يفعله في أوله ، وكذلك من أراد سفـرًا أو أنشأ أمرًا كعـقد النكاح وغيره أو غـير ذلك من الأمور ، ودليل هذه القـاعدة ما ثبت في الحديث الصـحيح عن صخـر بن وداعة ـ بفتح الواو ـ الغـامدي ـ بالغين المعجمة . وبالدال ـ أن رسول الله ﷺ قال : « **اللهم بارك لأمتي في بكورها** » .

قال : وكان رسول الله ﷺ إذا بعـث سرية أو جـيشًا بعثهم أول النهار

[وكان صخر رجلاً تاجرًا ، وكان إذا بعث تجارته بعثها أول النهار] (١) فأثرى وكثر ماله (٢) ، رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة وغيرهم بأسانيد مختلفة .

وقال الترمذي فيه : إنه حديث حسن .

قوله : ومنها : أن يقول : حبست ظلمًا : فإن كان الخصم معه فعلى الخصم الحجة والقول قول المحبوس مع يمينه ، وإن ذكر خصمًا غائبًا فطريقان :

أحدهما : القطع بأنه يطلق لأن الحبس عذاب ، وانتظار الغائب يطول .

وأظهرهما : أنه على الوجهين . انتهى .

واعلم أن الرافعي لم يتقدم له في هذا الكلام ذكر وجهين حتى يحكي في هذه المسألة طريقتين الثانية منها إجراء الوجهين ، ولما أشكل ذلك على الناظرين في هذه المسألة ، ولم يجدوا ما يعود عليه الوجهان حذف بعضهم أداة التعريف من الوجهين ،والموجود في « الروضة » إثباتها كما في البعض الآخر ، وقد انكشف الغطاء عن هذا بحمد الله تعالى ، وظهر أنه قد سقط من هذا الكلام مسألة علمت من « الشرح الصغير » فإنه قال فيه ـ أعني : في « الشرح الصغير » : وإن قال : حبست ظلمًا ، فعلى الخصم الحجة والمحبوس مصدق بيمينه ، وإن لم يكن الخصم هناك وذكر خصمًا آخرًا

---

(١) سقط من ب .

(٢) أخرجه أبو داود (٢٦٠٦) والترمذي (١٢١٢) وابن ماجة (٢٢٣٦) وأحمد (١٥٤٨١) والدارمي (٢٤٣٥) وابن حبان (٤٧٥٤) والطيالسي (١٢٤٦) والطبراني في « الكبير » (٧٢٧٥) وفي « الأوسط » (٦٨٨٣) وسعيد بن منصور (٢٣٨٢) وابن أبي شيبة (٦ / ٥٣٤) والبيهقي في « الكبرى » (١٨٢٣٧) وابن الجعد (١٦٩٦) والقضاعي في « مسند الشهاب » (١٤٩٣) وابن أبي عاصم في « الآحاد والمثاني » (٢٤٠٢) من حديث صخر ﷺ .

حاضرًا في البلد فأحد الوجهين: أنه يطلق ، لأن الأصل أن لا شيء عليه .

وأظهرهما : أنه يحضر أولاً ، فإن الظاهر أنه حبس بالحق ، فإن ذكر خصمًا غائبًا ، ففي طريق يطلق لأن الحبس عذاب وانتظار الغائب يطول وأظهرهما : أن فيه وجهين . هذا لفظه بحروفه .

فأسقط الناقلون من مسودة « الكبير » من لفظ الغائب إلى الغائب ، ولم يتفطن في « الروضة » لذلك فتابعه عليه كما ذكرناه ، وهذا الساقط ذكره أيضًا في « الوجيز» ، وقد وقع للرافعي أمثال ذلك في ما سبق .

قوله : وقول « الوجيز » فيطلق كل من حبس بظلم . كان المراد منه إذا اعترف الخصم بأنه ظلمه أو كان القاضي عالمًا ، وقلنا : إنه يقضي بعلمه ، فأما إذا قال المحبوس : أنا مظلوم ، فهو مذكور من بعد . انتهى كلامه .

وتخريجه الإطلاق من الحبس عند علم القاضي بالظلم على القضاء بالعلم باطل ، فإنه قد ذكر بعد هذا أن القاضي لا يقضي بخلاف علمه بالإجماع ، فلو رده إلى الحبس حتى يؤدي الحق المدعى به لكان قاضيًا بخلاف ما يعلمه ، وسيأتي في الكلام على القضاء بالعلم أمثلة كثيرة مما نحن فيه نفى عنها الخلاف ، ولم يتعرض في « الروضة » لهذا الكلام الذي ذكره الرافعي وكأنه اعتقد صحته فتركه لاندراجه في الخلاف الآتي في القضاء بالعلم .

قوله : وذكر فيه وفي « الوسيط » أيضًا إطلاق من حبس في تعزير وسكتت معظم الكتب عنه ، ولعل وجه ما ذكره أن التعزير يتعلق بنظر الحاكم الذي بانت عنده الجناية ، ولا يدري أن الحاكم المصروف هل كان يديم حبسه لو لم يصرف ؟ ، لكن لو ثبتت جنايته عند الثاني ورأى إدامة حبسه فالقياس : الجواز . انتهى .

تابعه عليه في « الروضة » أيضًا ، وذكر نحوه في « الشرح الصغير »

وهو يقتضي عدم وقوفه على نقل في المسألة ، وأن الغزالى منفرد بالتصريح بها وليس كذلك ، فقد صرح بها الماوردي في « الحاوي » وكذلك الروياني في «البحر » وجزما بعكس البحث الذي ذكره الرافعي فقال بإطلاقه ، وعللاه بأن التعزير قد استوفى بعزل الأول وإن لم يستكمل مدة حبسه مع بقاء نظر الأول ، لأن القاضي الثاني لا يعزر لذنب كان مع غيره ، ورأيته أيضًا مجزومًا به في « المحيط شرح الوسيط » للإمام محمد بن يحيى ، ثم نص الماوردي والروياني على أن القاضي لا يطلقه بل يوكل به حتى يتأدى عليه ثلاثًا ويحلفه أيضًا أنه ما حبس بحق خصم ، كما قاله ابن أبي الدم ، وقال ابن عصرون : عندي أنه لا يحتاج إلى النداء الثاني .

قوله : وإذا أطلق من ادعى الظلم لغيبة خصمه فحضر فعليه إثبات الحق الذي يدعيه ببينة تقوم على نفس الحق ، أو على أن القاضي المصروف حكم عليه بذلك .

وفي « أمالي أبي الفرج » : أنه يكفي لاستدامة الحبس قيام البينة على أن القاضي المصروف حبسه بحق هذا المدعي وإن لم يبين جنس الدَّين وقَدْرِه . انتهى كلامه .

وهذه المسألة بما فيها من الخلاف قد أسقطها النووي من « الروضة » ، وسبب إسقاطه لها وقوعها في الكلام على ألفاظ « الوجيز » .

قوله : حتى لا يخدع من غرة أو بمال .

الغرة : بكسر الغين وتشديد الراء تطلق على الغفلة ، والغار : الغافل ويطلق أيضًا على عدم تجريب الأمور ، تقول : رجل غرة غرير وجارية غرة وغريرة وغر أيضًا .

قوله في « الروضة » : لا يجوز عقد الإجارة على القضاء ، وفي «فتاوى » القاضي الحسين وجه : أنه يجوز . انتهى .

هذا الكلام مقتضاه أن القاضي نقل في « فتاويه » عن غيره وجهًا أنه يجوز وليس كذلك ، فقد قال الرافعي : وفي « فتاوى » القاضي الحسين إلحاقه بالأذان حتى تجوز الإجارة عليه على رأي . هذا لفظه ، وهو كذلك في «الفتاوي » المذكورة .

قوله : ولو رَزَقَ الإمامُ القاضي من مال نفسه أو رَزَقَهُ أهل ولايته أو واحد منهم ، فالذي خرجه صاحب « التلخيص » : أنه لا يجوز له قبوله ، لكن ذكرنا في باب الأذان : أنه كما يجوز أن يكون رزق المؤذن من بيت المال يجوز أن يكون من مال الإمام أو واحد من الرعية ، وذكر الصيمري في المفتى : أنه يجوز أن يرزقه أهل البلد ، ويمكن أن يفرق بأن ذلك مما لا يورث تهمة وميلاً في حق المؤذن لأن عمله لا يختلف ، فالقاضي أجدر بالاحتياط من المفتي . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن مقتضى هذا الكلام إقرار صاحب « التلخيص » على ما قاله من المنع ،لأنه شرع يقيسه على ما يقتضي الجواز ، ثم إنه فرق بينهما فبطل القياس بالتفرقة وبقي النقل سالمًا عن المعارض ، ولكن قد أعاد الرافعي المسألة في الكلام على الرشوة وهو بعد هذا بقليل ، ورجح الجواز ، فإنه ذكر : أنه يجوز للقاضي إذا لم يكن له رزق من بيت المال أن يقول للخصمين : لا أقضي بينكما حتى تجعلا لي رزقًا .

ثم ذكر مسألتنا هذه ، وهي ما إذا رزقه أهل ولايته ونحوهم ، وقال فيها ما نصه : ويشبه أن يجوز ذلك إذا جاز الأخذ من الخصمين . هذا لفظه .

وأسقطه من « الروضة » هناك ، وأبقى الكلام المذكور هنا على حاله .

الأمر الثاني:أن ما قاله الصيمري قد تقدم الكلام عليه في أثناء «الزيادات»

التي ذكرها النووي .

قوله : ويرزق المترجم من بيت المال في أقرب الوجهين ، فإن قلنا : لا ، فمؤنة من يترجم للمدعي عليه على المدعي عليه ، والمسمع كالمترجم ففي مؤنته هذان الوجهان ، وهذه هي مسألة « الكتاب » . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » أيضًا ، ولنقدم على الكلام في هذه المسألة ما هو مذكور في أصول كلام الرافعي ممن تعرض للمسألة ، فنقول : قال الإمام : فرع : حق على القاضي أن يرتب المزكي والمترجم والمسمع إن كان بأذنه وقر ، وفي مؤنة هؤلاء وجهان :

أحدهما : أنها على طالب الحق ، فإن قيامهم يتعلق بحقه ، فعلى هذا يجب على كل واحد مقدار أجرة المثل في ما يتعلق بحقه وخصومته ، هذا كلامه .

وذكر الغزالي في « البسيط » مثله أيضًا [وكذا في « الوسيط »] [1]، إلا أنه مَثّل بالمسمع خاصة فقال : إذا طلب المسمع أجرة هل هي على صاحب الحق أو بيت المال ؟ على وجهين . انتهى .

قال الإمام : ويجب اعتقاد التسوية بين المترجم والمسمع ، فإن المسمع ينقل اللفظ ، والمترجم ينقل معناه ، وقال في « الوجيز » : فإن طلب المسمع أجرة فهل تجب في مال صاحب الحق ؟ فيه وجهان .

إذا علمت ذلك ففي كلام الرافعي أمور :

أحدها : أن هذا التعبير الذي نقلناه عنه في من تجب عليه الأجرة إذا لم نوجبها في بيت المال ، وفي معناه إذا تعذر الأخذ منه ـ أعني بزيادة الجار والمجرور مع لفظ المدعي المذكور أولاً ـ هو الموجود في الأصول المعتمدة من

(١) سقط من أ .

نسخ الرافعي ،وتبعه عليه في «الروضة» أيضًا فاعلمه فإنه كثيرًا ما يتحرف ، ومدلوله أن الذي يشرح كلام المدعي للمدعى عليه تكون مؤنته على المدعى عليه ، وقد تقرر مما قدمناه من النقول أن الحكم في المسألة ليس كذلك .

الأمر الثاني : أن هذا الذي يحاوله مع كونه مخالفًا للمنقول ناقص ، فإنه ليس فيه استيفاء للمسألة ، فإنه لم يتعرض للعكس وهو الذي يشرح كلام المدعي عليه للمدعي ، وبسبب ذلك حصل في نسخ الرافعي اضطراب وقد اتضح الحال [وظهر أنه حصل فيها سقط علم من «الشرح الصغير» فإنه عبر بقوله :] (١) وعلى هذا الرأي ـ أي عدم الوجوب على بيت المال ـ فمؤنة ما يترجم للمدعي على المدعى ومؤنة ما يترجم للمدعى عليه على المدعى عليه. هذه عبارته .

والحاصل منها إيجابها على المنقول له الكلام لا على المنقول عنه ، ولهذا عبر بعلى ولم يعبر بعن .

الأمر الثالث : أنه قد ظهر لك بما قلناه عن كتب الغزالي أن المسمع والمترجم [ونحوهما] (٢) تجب أجرتهم على طالب الحق في وجه ، وفي بيت المال على وجه آخر ، والوجه الأول لم يذكره الرافعي بل ذكر عوضه ما وقع فيه التحريف والتصحيف كما سبق إيضاحه .

وحينئذ فيكون هذا الوجه قد أسقطه الرافعي مع كونه هو الصحيح في الحقيقة ومع ثبوته أيضًا في الكتاب الذي هو يشرح فيه وهو « الوجيز » ، فلله الحمد على تيسير أمثال هذه الأمور وإلهام الصواب إليها .

وقد وقع [أيضًا هنا] (٣) في « كفاية » ابن الرفعة ، من الغلط ما وقع

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) زيادة من ب .

في « الرافعي » و « الروضة » ، بل هو أشد مما وقع فيهما وقد أوضحته في «الهداية » والله هو الهادي والمعين .

قوله : فرع: قال القاضي ابن كج : ذكر جماعة من فقهاء أصحاب الشافعي وأبي حنيفة ﷺ أنه إذا لم يكن للقاضي شيء من بيت المال فله أن يأخذ عشر ما يتولاه من أموال [اليتامى] [(١)] والوقوف للضرورة ، ثم بالغ في الإنكار عليه ، وقال : إنه لا ضرورة في هذا إن لم يتبرع بالقضاء من غير رزق فليمتنع منه ، ومن ذهب إليه فكأنه ذكر العشر تمثيلاً وتقريبًا ولابد من النظر إلى كفايته وإلى قدر المال والعمل . انتهى كلامه .

وهذا الفرع أسقطه من « الروضة » .

قوله : وعن الصيدلاني حكاية وجهين في كراهة اتخاذ الحاجب والبواب ، والمفهوم من كلام أكثرهم أنه إن جلس للقضاء ولا زحمة فيكره اتخاذ الحاجب في أظهر الوجهين ، ولا كراهة فيه في أوقات خلوته في أظهرهما . انتهى .

أهمل هو والنووي الجواب عن حكم داخل في التقسيم وهو إذا ما جلس للقضاء وكانت هناك زحمة وقد ذكره الإمام فقال : إن رأى المصلحة في اتخاذه [اتخذه] [(٢)]، وإن رآها في الترك ترك .

واعلم أن الإمام نقل عن الصيدلاني وعن غيره في أول المسألة خلافًا [ثم اختار] [(٣)]شيئًا ،ويتلخص من مجموع ما حكاه وما اختاره أربعة أوجه :

أحدها : أنه لا يتخذ الحاجب مطلقًا .

والثاني : يتخذه مطلقًا .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

والثالث : إن جلس للقضاء لم يتخذه، وإن لم يجلس له فله أن يتخذه .

والرابع : اختاره الإمام فقال : إن جلس للقضاء وكثرت الزحمة اتبع المصلحة ، وإن خلا بنفسه فلا بأس باتخاذه [وذكر في الحاوي وجهًا خامسًا: وهو أنه يكره اتخاذه] [١] في زمن استقامة الخلق ، فأما زمن الهرج واستطالة السفهاء فيستحب اتخاذه ، وذكر ـ أعني : الماوردي ـ أيضًا أنه إنما يكره الحاجب إذا كان وصول الخصم إليه موقوفًا على إذنه ، فأما من وظيفته ترتيب الخصوم والأعلم بمنازل الناس فلا بأس باتخاذه .

ولم يتكلم الرافعي ـ رحمه الله ـ لأوصاف الحاجب ، وقد ذكره الشيخ في « التنبيه » فقال : فإن احتاج اتخذ حاجبًا عاقلاً أمينًا بعيدًا من الطمع ، ويأمره أن لا يقدم خصمًا [على خصم] [٢]ولا يخص في الإذن قومًا دون قوم ، ولا يقدم أخيرًا على أول .

وذكر ابن خيران في « اللطيف » : أنه يستحب أن يكون كهلاً ستيرًا ـ أي كثير الستر ـ [على الناس] [٣]، وقال الماوردي : يشترط فيه العدالة والفقه والأمانة ، ويستحب أن يكون حسن المنظر جميل المخبر عارفًا بمقادير الناس بعيدًا عن الهوى والعصبية معتدل الأخلاق .

قوله : المسألة الثانية : إذا ادعى حقًا على إنسان عند القاضي فأقر به المدعى عليه أو نكل وحلف المدعي اليمين المردودة ، ثم سأل المدعي ، القاضي أن يشهد على أنه أقر عنده أو على أنه نكل وحلف المدعي فعلى القاضي إجابته ، لأنه قد ينكر من بعد فلا يتمكن القاضي من الحكم عليه إن قلنا:لا يقضي بعلمه ، وإن قلنا : يقضي بعلمه ، فربما ينسى أو يعزل فلا يقبل ما يقوله . انتهى كلامه .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

وما ذكره من حكاية القولين [في القضاء] [١] بالعلم على من أقر في مجلس القاضي قد ناقضه بعد هذا في الكلام على القضاء بالعلم فجزم بأنهما لا يجريان ، وأن محل جريانهما في الإقرار أن يكون وقع عند القاضي سرًا ، والمذكور هنا هو الصواب لما ستعرفه في موضعه إن شاء الله تعالى ، وذكر في « الشرح الصغير » و « الروضة » كما ذكره هاهنا.

قوله : وإن طلب صاحب الحق أن يحكم له بما ثبت لزمه أن يحكم فيقول : حكمت له به ، أو أنفذت الحكم به ، أو ألزمت صاحبه الحق . انتهى .

وهذا الكلام يوهم أن الحكم عبارة عن هذا القول ، والذي ذكره الشيخ عز الدين ابن عبد السلام أنه عبارة عن الإلزام النفساني ، وهذا دليل عليه حتى إذا حكم في نفسه في واقعة مختلف فيها فنقضها حاكم آخر قبل إخبار الأول لم يتأثر بالنقض .

قوله : فإن كثرت المحاضر والسجلات جعلها في إضبارة . انتهى .

الإضبارة : بهمزة مكسورة وضاد معجمة ساكنة بعدها باء موحدة وبالراء المهملة هي : الربطة من الورق ويعبر عنها بالرزمة وبالحزمة أيضًا . تقول : ضبرت الكتب أضبرها بالكسر - ضبرًا - بالسكون - إذا ضممت بعضها إلى بعض ، وجعلتها ربطة واحدة .

ويسمى أيضًا كل شيء مجتمع ضِبارة بكسر الضاد ، وجمعه : ضبائر ومنه حديث « مسلم » : «**فيخرجون من النار ضبائر ، ضبائر**» [٢]. أي : جماعة جماعة .

قوله في « الروضة » : نقل الهروي أن القاضي إذا لم يكن له رزق من

(١) سقط من أ .

(٢) أخرجه مسلم (١٨٥) من حديث أبي سعيد ﷺ .

بيت المال وهو محتاج ولم يتعين عليه القضاء فله أن يأخذ من الخصم أجرة مثل عمله ، وإن تعين قال أصحابنا : لا يجوز الأخذ ، وجوزه صاحب «التقريب» . انتهى كلامه .

وما نقله هنا عن الأصحاب من أنه يمتنع على المحتاج الذي لا رزق له أن يأخذ من الخصم ، نقله الرافعي قبل هذا بنحو ورقتين ولم يصرح به هاهنا ، فنقله النووي إلى هذا الموضع وامتناعه مشكل لجواز أخذه من بيت المال ، والحالة هذه فإنه يجوز كما ذكره الرافعي قبل ذلك ، فأي فرق بينهما مع اشتراكهما في الحاجة والتعيين ؟ ولما ذكره الرافعي قبل هذا قال : إنه فرع غريب ومشكل . فنقله إلى هنا بدون هذا الكلام ، وما أشرنا إليه هو وجه إشكاله .

قوله في « الروضة » : وأما الهدية فالأولى أن يسد بابها ثم إن كان للمهدي خصومة في الحال حرم قبول هديته في محل ولايته وهديته في غير ولايته كهدية من عادته أن يهدي له قبل الولاية لقرابة أو صداقة ولا يحرم قبولها على الصحيح ، فإن زاد المهدي على القدر المعهود صارت هديته كهدية من لم يعهد منه الهدية . انتهى كلامه .

وما ذكره ـ رحمه الله ـ في هذا الفصل غلط مخالف لكلام الرافعي من وجوه ، فإن الرافعي قد قال : ثم ينظر ، فإن كان للمهدي خصومة في الحال حرم قبول هديته ، وإن لم يكن له خصومة فإن لم تعهد منه الهدية قبل تولي القضاء حرم قبول هديته في محل ولايته على المشهور خلافًا للغزالي وهديته في غير محل ولايته كهدية من عهد منه الهدية قبل تولي القضاء لقرابة أو صداقة ولا يحرم قبولها ؛ وقيل يحرم فإن زاد المهدي على القدر المعهود صارت هديته كهدية من لم تعهد منه الهدية . انتهى موضع الحاجة من كلامه .

ولنعد إلى بيان المخالفات فنقول :

أحدها : أن كلامه قد اشتمل على تصحيح جواز القبول ممن له خصومة إذا حصل الإهداء في غير محل الولاية ، وكلام الرافعي يقتضي الجزم بالتحريم ، والوجهان المذكوران إنما حكاهما في من لا مخاصمة له .

ثانيها : أن كلامه ساكت عن من لا مخاصمة له إذا أهدي في غير محل ولايته ، فلا يعلم منه هل يجوز جزمًا أم يتخرج على الوجهين اللذين ذكرهما في من له مخاصمة ؟ والرافعي قد ذكر المسألة وحكي فيها وجهين كما سبق ذكره .

ثالثها : أن تصحيح الجواز لمن عهد منه الهدية ، قد فرضه في من لم تكن له خصومة فإن كانت فيحرم القبول جزمًا ، وانعكس عليه في « الروضة » فجعله في من له خصومة .

رابعها : أنه أسقط من كلام الرافعي التفريع على من ليست له عادة بالهدية ، وقد علم حكمه مما نقلناه عنه ـ أي : عن الرافعي ـ وخاصة المنع في محل ولايته دون غيرها .

قوله أيضًا في « الروضة » : وحيث قلنا بتحريم قبول الهدية فَقَبِلَهَا لم يملكها على الأصح ، فعلى هذا لو أخذها قيل : يضعها في بيت المال ، والصحيح : أنه يردها على مالكها ، وإن لم يعرفه جعلها في بيت المال . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن الخلاف المذكور في أنه هل يضعها في بيت المال أو يردها على المالك ؟ لم يجزم الرافعي بأنه وجهان كما جزم به المصنف ، بل قال : وذكر العراقيون تفريعًا على أنه لا يجوز القبول وجهين أو قولين في ما يصنع بها لو قَبِل .

أحدهما : أنه يضعها في بيت المال .

والثاني : يردها على مالكها ، وهذا فيه اضطراب .

والقياس ما حكاه أبو الفرج الزاز وهو أنه إذا لم يملك فيردها على مالكها ، فإن لم يعرفه فيضعها في بيت المال . هذا لفظه .

الأمر الثاني : أن النووي قد فرع هذا الخلاف على عدم الملك ، والرافعي لم يخصه بذلك بل فرعه على عدم جواز القبول فيدخل فيه القائل بالملك وبعدمه وقد أوقفتك على عبارته .

الأمر الثالث : أن من جملة الصور التي تذكر الرافعي فيها أنه لا يملك وأنه يردها على مالكها ما إذا كانت له عادة فزاد في مقدارها ، والقياس اختصاص ذلك بما زاد ، وتخريج الباقي على تفريق الصفقة ، وحينئذ فتصير الهدية مشتركة على الصحيح ، فإن زاد في المعنى كما إذا كانت عادته إهداء ثياب القطن أو الكتان فأهدي ثياب الحرير ونحو ذلك ، فقد قالوا يمتنع أيضًا.

لكن هل تبطل في الجميع أم تصح منها بمقدار قيمة العادة ؟ فيه نظر والأَوْجَه الأول .

قوله : ومن يثبت أنه شهد بالزور عزره القاضي بما يراه .

ثم قال : وإنما تثبت شهادة الزور بإقرار الشاهد أو بيقين القاضي بأن شهد أن فلانًا زنى يوم كذا بالكوفة والقاضي قد رآه في ذلك اليوم ببغداد ، هكذا أطلقه الشافعي ﷺ والأصحاب ولم يخرجوه على أن القاضي هل يحكم بعلمه ؟ انتهى كلامه .

ولنقدم على المقصود أمرين :

أحدهما : أن القاضي قد ذكر بعد هذا أن القاضي لا يقضي بخلاف علمه بالإجماع، وأنه لا يقضي بعلمه في حدود الله تعالى على الصحيح .

الثـــاني : أن الشاهد بالزنا يُحَـد إذا اعترف بالتعمـد ، وكذا إن قال : أخطأت ، على الأصح كما هو مقرر في باب الرجوع عن الشهادة .

إذا علمت ذلك فهـذا الذي اتفق عليه الشافـعي والأصحاب في مـسألة الشـاهد بالزنا من اعـتـماد القـاضي على مـا يراه لا جـائز أن يريدوا به أن القاضي يقيم الحد على الشاهد ، فإن القاضي لا يحكم بعلمه في حدود الله تعالى على الصحـيح فضلاً عن الاتفاق عليـه ، فتعين أنهم أرادوا بذلك أن القاضي لا يقـيم الحد على المشهود علـيه ، وحينئذ فـلا يصح البحث الذي حاوله الرافعي ، وهو يـخرجه على القضاء بالعلم لما سـبق عن الرافعي من أن القاضي لا يقضي بخـلاف علمه بالإجماع ، وسنوضحه أيضًـا فصح ما قاله الشافعي والأصحاب وبطل البحث المذكور .

قوله : وإذا وقـعت له خصـومة أو لأصله أو فـرعه جاز لنائبـه أن يحكم فيها في أظهر الوجهين .

ثم قال : وبنوا هذا عـلى أن نائب الحاكم هل ينعزل بمـوته وانعزاله ؟ إن قلنا : لا ، فقد ألحقناه بالحكام المستقلين . انتهى كلامه .

والصحيح انعـزال نائبه بموته كما تقدم ، فلو صح الـبناء لكان الصحيح أنه لا يحكم كما ينعزل ، أو أنه لا ينعزل كما يحكم .

قـوله في الأدب العاشـر : إحـداهما : قـول الصـحابـي إذا لم ينتشـر ، فـالقديم : أنـه حجـة لقـوله عليـه الصلاة والسـلام : « عليكـم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدي » [1] .

والجديد : أنه ليس بحجة .

---

(١) أخرجـه أبو داود (٤٦٠٧) والترمـذي (٢٦٧٦) وابن ماجة (٤٢) وأحـمد (١٧١٨٤) والدارمي (٩٥) وابن حـبان (٥) والحـاكم (٣٢٩) والطبـراني في « الكبيـر » (١٨ / ٢٤٥) حديث (٦١٧) والبيهـقي في « الشعب » (٧٥١٦) و « الكـبرى » (٢٠١٢٥) =

ثم قال : وعلى الجديد لا فرق بين أن يخالف القياس أم لا ، وحكمه حكم سائر المجتهدين . انتهى ملخصًا .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما قاله الشافعي في الجديد من كونه ليس بحجة محله إذا كان للقياس فيه مدخل سواء خالف كلامه القياس أم لا كما تقدم .

فأما إذا لم يكن للقياس فيه مجال بالكلية ، فإنه يكون قوله فيه حجة ، كذا نص عليه الشافعي في « اختلاف الحديث » فقال : روي عن عليّ ﷺ : أنه صلى في ليلة ست ركعات في كل ركعة ست سجدات .

وقال : لو ثبت ذلك عن عليّ لقلت به ، فإنه لا مجال للقياس فيه فالظاهر أنه فعله توقيفًا . هذا كلامه .

وذكر في « المحصول » أيضًا : أنه حجة ، قاله في الكلام على كيفية ألفاظ الصحابي .

الأمر الثاني : أن ما ذكره في التفريع على كونه ليس بحجة أن حكمه حكم سائر المجتهدين مردود فإن الكلام في أمرين .

أحدهما : في أنه هل هو حجة أم لا ؟ وقد مضى الكلام فيه .

والثاني : أنّا إذا قلنا بالجديد وهو أنه ليس بحجة ، فهل يجوز

= والطحاوي في « شرح المعاني » (٤٦٨) وأبو نعيم في « الحلية » (٥ / ٢٢٠) وتمام في «الفوائد » (٢٢٥) من حديث العرباض بن سارية ﷺ .

قال الترمذي : هذا حديث صحيح .

وقال الحاكم : صحيح ليس له علة ، ووافقه الذهبي .

وقال البزار : هو أصح سندًا من حديث حذيفة .

قال ابن عبد البر : هو كما قال .

وقال الألباني : صحيح .

للمجتهدين تقليده ، وترك الاجتهاد لأنهم أطلعوا من أحوال الرسول وأسباب نزول الوحي على ما لم يطلع عليه غيرهم ؟ فيه ثلاثة أقوال للشافعي أيضًا ، ثالثها : إن انتشر جاز ، وإلا فلا .

كذا ذكره جماعة منهم الغزالي في « المستصفى » والآمدي في «الأحكام» ، وأفردوا كل حكم بمسألة ، وذكر في « المحصول » نحوه أيضًا إلا أن هؤلاء المذكورين جعلوا عدم جواز التقليد هو القول الجديد ، وليس كذلك فقد نص « الشافعي » في مواضع من « الأم » على الجواز ، ولولا خشية الإطالة لذكرت تلك المواضع ، وقد أوضحت المسألة في « شرح المنهاج» الأصولي أحسن إيضاح فراجعه .

قوله : نعم لو تعارض [قياسان] [١] أحدهما يوافق قول الصحابي ، قال صاحب « الكتاب » في « الأصول » : قد تميل نفس المجتهد إلى الموافق ويرجح عنده . انتهى .

وهذا الذي نقله عن الغزالي احتمالاً فقط ، قد جزم به جماعة منهم الشيخ أبو إسحاق في « اللمع » .

قوله : وإن قال البعض وسكت الباقون ، فاختيار صاحب « الكتاب » في « الأصول » : أنه ليس بحجة ، والمشهور عند الأصحاب : خلافه ، ولكن هل يكون إجماعًا ؟ فيه وجهان :

قال الروياني: فإن ظهرت أمارات الرضى ثم سكت فإجماع بلا خلاف ، قالوا : والأصح هنا اشتراط انقراض العصر في كونه حجة أو إجماعًا . انتهى .

واقتصاره في عدم الحجة على نسبته إلى الغزالي في الأصول فقط غريب

---

(١) سقط من ب .

فإن هذا الذي ذهب إليه الشافعي ، فقد قال الإمام فخر الدين والسيف الآمدي في « المحصول » و « الإحكام » وغيرهما من كتبهما : إنه مذهب الشافعي.

وقال الغزالي في « المنخول » : نص عليه الشافعي في الجديد .

نعم استدل الشافعي على إثبات القياس وخبر الواحد بأن بعض الصحابة عمل به ولم يظهر من الباقين إنكار فكان ذلك إجماعًا ، وظاهره المعارضة للنقل السابق وأجاب ابن التلمساني ، في « شرح المعالم» بأن السكوت الذي تمسك به الشافعي في القياس وخبر الواحد هو السكوت المتكرر في وقائع كثيرة وهي تبقي جميع الاحتمالات .

قوله : فإن وجد ذلك ـ أي القول المنتشر ـ ولم ينقل عن الباقين موافقة ولا سكوت ، فيجوز أن يستدل به على السكوت ويجوز خلافه . انتهى .

واعلم أن الرافعي قد ذكر هذه الصورة في أوائل الفرائض وقال : إنه يترك للقول المنتشر ، والحالة هذه القياس الجلي ويعتضد به الخفي .

فهذا الذي ذكره إنما يستقيم على تقدير الاحتجاج به إلحاقًا له بما إذا اطلعوا عليه وسكتوا ، وقد رجحه أيضًا في « الروضة » من « زوائده » فقال: المختار أن عدم النقل كنقل السكوت لأنه الأحمل والظاهر .

قوله : ومن الجلي ما ورد النص فيه على العلة كحديث « إنما نهيتكم من أجل الدافة » [(١)] . انتهى .

الدافة : بالدال المهملة والفاء وهي : الطائفة القادمة ، وقد تقدم إيضاحه في الأضحية .

قوله : ومنه قياس الشبه ، وهو أن تشبه الحادثة أصلين ، إما في الأوصاف بأن تشارك كل واحد من الأصلين في بعض المعاني والأوصاف

---

(١) أخرجه مسلم (١٩٧١) من حديث عائشة رضي الله عنها .

الموجودة ، وإما في الأحكام كالعبد يشارك الحر في بعض الأحكام والمال في بعضها فيلحق بما المشاركة فيه أكثر ، وربما يسمى قياس الشبه خفيًا ، والذي قبله غير الجلي واضحًا ، وربما خص الجلي ببعض الأول ، وهو ما إذا كان الفرع فيه أولى بحكم الأصل . انتهى .

زاد في « الروضة » على هذا فقال : واختلف أصحابنا في صحة قياس الشّبه وأنه هل هو حجة ؟ هذا لفظه .

وما ذكره في « الروضة » من الخلاف في القياس المذكور لا يتصور القول به عند أحد فضلاء أصحابنا ، بل يجزم بالاحتجاج به كما ذكره الرافعي والمأخوذ به هو الأقوى والأقرب من الوصفين عند اجتماع الشروط فيهما لأنه لو انفرد أحدهما لكان يعمل به بلا خلاف ، فإذا اجتمعا قدمنا الراجح منها كسائر الأدلة ، فإن أشبه أحد الأصلين في الوصف والآخر في الحكم ، ففي المقدم منهما ثلاثة مذاهب للأصوليين :

أحدها : يقدم المشابه في الحكم على المشابهة في الصورة ، وهو مذهب الشافعي .

والثاني : عكسه . قاله ابن عُلية .

والثالث : لا يلتزم تقديم واحد منهما بعينه ، بل ما يغلب على الظن أنه العلة ، ويختلف ذلك باختلاف المسائل فقد تقوى المشابهة الصورية على الحكمية في صورة وفي أخرى بالعكس ،هذا هو اختيار الإمام فخر الدين ، ومثله بالعبد فإنه يشبه الحر في الصورة والبهيمة في الحكم من حيث أنه مملوك، فإذا قتله قاتل هل تجب قيمته بالغة ما بلغت وإن زادت على الدية أو لا يزداد على الدية لمشابهة الحر في الصورة ؟

والحاصل أن ما ذكره الرافعي لا خلاف فيه ولا يتأتى فيه الخلاف إلا ممن أنكر القياس .

وقد صرح به مع وضوحه من أصحابنا جماعات كثيرة منهم القاضي الحسين و البندنيجي والماوردي وابن الصباغ والروياني حتى اختلفوا هل ينقض قضاء من خالفه أم لا ؟ فقال الجمهور : لا ينقض .

وقال الماوردي وغيره : ينقض في المتردد بين الحكمين دون الموضعين .

نعم للأصوليين نوع آخر يسمى « قياس الشَّبه » اختلفوا في الإحتاج به واختلفوا في تفسيره أيضًا ، فقال القاضي أبو بكر : هو الوصف المناسب بطريق التتبع لا بداية كالطهارة فإنها مناسبة لاشتراط النية لا لكونها طهارة ، فإن التنظيف يحصل بدون النية بل لكونها شرعت عبادة ، والعبادة مناسبة للنية .

وقال غيره : هو الوصف الذي ليس بمناسب ولكن اعتبر الشرع جنسه القريب .

وهذا النوع الذي ذكرناه هو أشهر بإطلاق اسم الشبه من المذكور في الرافعي ، فإن المشهور تسمية ذلك بقياس علية الأشباه ، فلما وقف النووي على خلاف في قياس الشبه ظن ـ رحمه الله ـ أن المختلف فيه هو الأول لاشتراكهما في الاسم ، وقد بسطت المسألة في « شرح منهاج الأصول » وحققتها فلتراجع منها .

قوله : ومتى حكم القاضي بالاجتهاد ، ثم بان له أنه خالف كتابًا أو سنة أو قياسًا جليًا فيلزمه نقض حكمه ، وهل يلزمه تعريف الخصمين صورة الحال ليترافعا إليه لينقض الحكم ؟ فيه وجهان : قال ابن سريج : لا يلزمه إن علم أنه بَانَ له الخطأ ، فإن ترافعًا إليه نقض .

وقال سائر أصحابنا : يلزمه وإن علما ، لأنهما قد يتوهمان أنه لا ينقض، هذا في حق الآدميين ، أما حقوق الله تعالى فيلزمه البدَار إلى تداركه .

واعلم أن الغزالي قد ذكر في « الوسيط » ما حاصله أنه ينقضه ، وإن لم يرفع إليه ، فإنه قال : فرع : لو ظهر له الخطأ في واقعة فليتبع وإن لم ترفع إليه هذه عبارته .

وذكر أيضًا الماوردي وغيره نحوه والذي ذكروه أوجه مما تُوهمه عبارة الرافعي وتأويلها به متعين .

قوله : ومنها قضاء الحنفي ببطلان خيار المجلس والعرايا بالتقييد الذي يجوزه في ذلك الجنس ، قيل : إنه منقوض لظهور الأخبار وبعدها عن التأويلات التي يدعونها ، وكذلك في القتل بالمنقل لأنها على خلاف القياس الجلي في عصمة النفوس ، وهذا ما أورده الإمام وصاحب الكتاب وبمثله أجاب محققون فى الحكم بصحة النكاح بلا ولي ، وفي بيع أم الولد ، وثبوت حرمة الرضاع بعد الحولين ، وصحة النكاح بشهادة الفاسقين من غير إعلان ، ونكاح الشغار ، ونكاح المتعة ، وفي الحكم بقتل المسلم بالذمي ، وبأنه لا قصاص بين الرجل والمرأة في الأطراف ، وبجريان التوارث بين المسلم والكافر ، ورد الزوائد مع الأصل في الرد بالعيب على ما ذهب إليه ابن أبي ليلى ، ومن الأصحاب من منع النقض ، وقال : هي مسائل اجتهادية، والأولوية فيها متقاربة ، قال القاضي الروياني : وهو الصحيح ، وكذلك ذكره القاضي ابن كج في الحكم ببطلان خيار المجلس . انتهى كلامه.

ومقتضاه رجحان النقض في المسائل كلها .

أما الثلاث المذكورة أولاً وهي خيار المجلس والعرايا والقتل بالمنقل فلأنه نقل من الإمام الغزالي موافقتهما للقائل به ، ولم تنقل الموافقة للقائل بعدم النقض إلا عن تصحيح الروياني فقط ، وأما بقية المسائل فلأنه نقل النقض فيها عن محققين ولم ينقل مقابله إلا عن الروياني أيضًا ، إذا علمت ذلك ففيه أمران :

أحدهـما : أن الرافعي قد صحح في كـتاب النكاح أنه لا ينقض حكمه في النكاح بلا ولي على عكس ما يقتضيه كلامه هنا ، ذكر ذلك في الكلام على الركن الرابع ، وقد تقدم هناك ذكر عبارته .

الأمر الثـاني : أن النووي في « الروضة » قد اختـصر هنا كلام الرافعي بعبارة مخـالفة لما ذكره هنا وموافقة للمذكـور هناك ، فإنه جمع هذه المسائل كلهـا من أولهـا إلى آخرها وحكـى فيـهـا وجهين ، ثم قـال بعـد حكاية الوجهين :

قال الروياني : الأصح : لا ينقض لأنها اجتهادية والأدلة فيها متقاربة ، هذا لفظه من غير زيادة عليه .

والعجب في اقـتصـاره على ما قال مـع حذفه للقـائل بالعكس ، وهم الإمام والغزالي والمحققون ، وهو اختصـار عجيب حَصل بسببه الإخلال في مسائل فتفطن لها واضبط جميعها .

قوله : وإذا كـان المحكوم به حكمًـا باطلاً نكاحًا ، لم يحل للمـحكوم له الوطيء ، وعليهـا الامتناع والهرب ما أمكنهـا ، فإن أكرهت فلا إثم علـيها . انتهى كلامه .

وما ذكره من عدم الإثم عند الإكـراه تابعه عليه في « الروضة » ، وهو مخالف لما ذكره في أوائل الجنايـات من أن الزنا لا يباح بالإكراه ، فإن المرأة إذا علمت كذب الذي يدعي نكاحها يكون تمكينهـا منه زنا قطعًا ، ومقتضى كلامه في الجنايات :أنه لا فرق بين الرجل والمرأة ، وقد نص هو على المرأة بخصوصها في كتاب الجـهاد ، وصرح بأنه لا يباح لها ذلك ، والذي ينبغي حمل كلامه هنا عليه ما إذا ربطت ووطئت .

قوله : ومـا كان مـختلفًا فـيه كـحكم الحنفي بشفـعة الجوار وبـالتوريث بالرحم فينفـذ ظاهرًا ، وهل ينفذ في الباطن حـتى يحل ذلك للشافعي ؟ فـيه وجهان :

أحدهما : المنع ، وبه قال الأستاذ أبو إسحاق وأورده الغزالي لتعارض الأدلة .

والأصح عند جماعة منهم صاحب « التهذيب » والعبادي : أنه ينفذ باطنًا في حق من يعتقد ومن لا يعتقد . انتهى ملخصًا .

ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضًا ، وهذا الثاني هو الصحيح ، كذا صححه الرافعي في موضعين من هذا الكتاب ومن « الشرح الصغير » ، أحدهما : في كتاب الدعاوي في الكلام على اليمين قُبَيْل قوله : قال : وأما الحالف ، فقال : وميل الأكثرين إلى الحِلّ . هذا لفظه .

وذكر عقبه أنهم اتفقوا على أنه ليس للشافعي أن يحلف على عدم استحقاقها إذا حَلّفه الحنفي .

ثم قال : وهذا هو ذاك أو مثله .

والموضع الثاني : في كتاب دعوى الدم ، قبيل الكلام في القسامة بأسطر فقال : فأما الحل الباطن إذا حكم الحاكم في موضع الخلاف لشخص على خلاف ما يعتقده كحكم الحنفي للشافعي بشفعة الجوار ، ففي ثبوته خلاف وكلام الأئمة هاهنا يميل إلى ثبوته . هذه عبارته .

وإطلاقهم يقتضي أنه لا فرق في النفوذ باطنًا بين ما ينقض وما لا ينقض وفيه ، نظر لكنه مستقيم فإنه لا منافاة .

قوله : فرع : قال في « التهذيب » : هل تقبل شهادة الشاهد على ما لا يعتقده كالشافعي يشهد بشفعة الجوار ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ، كما لا يقضي القاضي بخلاف ما لا يعتقده .

والثاني : نعم ، لأنه مجتهد فيه والاجتهاد إلى الشاهد . انتهى .

فيه أمران :

أحـدهـمـا : أن تعليله للوجه الثـاني غلط ، لأن الاجتهاد يشـترط في القاضي لا في الشاهد ، وقد ذكره البغوي على الصواب فقال : لأنه مجتهد فيه والاجتهاد إلى القاضي لا إلى الشاهد ، ذكر ذلك قُبُيْل باب التحفظ في الشهادة ، فسقط من (إلى) إلى (إلى) ، وحذف النووي هذا التعليل من «الروضة » فَسَلِمَ .

الأمر الثاني : أن الرافعي لم يبين صورة المسألة وتابعه النووي على ذلك وزاد فصـحح القبـول ، فلنوضح ذلك فنقول : لا شك أن الشـاهد والحالة هذه له ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يشهد بنفس الجوار وما في معناه كالبيع عند إنكاره .

والثاني : باستحقاق الأخذ بالشفعة .

والثالث : بشفعة الجوار .

فأما الأول : فكلام الرافعي بعيـد منه ، وفي جواز الشهادة به وبكل ما يترتب عليـه خلاف ما يعـتقده الشـاهد وجهان حـكاهما الرافعي من غـير ترجيح في الباب الثالث من أبواب الشهادات قُـبيل القيد الخامس من القيود المعتبرة في وجوب الأداء ، وذكر بعده بنحو ورقة ما يشعر بالجواز .

وأما الثـاني والثالث : فكلام الرافـعي محـتمل لكل منهمـا ولم يتكلم فيهما إلا على القبول ، وأما الجواز للشاهد : فينبغي منعه لاعتقاده خلافه ، وقد ذكر الرافعي في آخـر الباب الأول من أبواب الرهن : أنه إذا رهب عينًا بعشـرة ثم استعـرض عشـرة لتكون رهنًا بهما واشـهد شـاهدين أنه مرهون بعشـرين وعرف الشـاهدان حقيـقة الحال وهو رهن المرهون بـدين آخر عند المرتهن ، نظر إن شهدا على إقرار الراهن فالوجه تجويزه مطلقًا ، وإن شهدا أنه مرهون فإن كانا لا يعتقدان جواز الإلحاق لم يجز بل عليهما بيان الحال ، وفيه وجه بعيد .

وإن كانا يعتقدان جوازه ففيه وجهان ، قال في الروضة : الأصح أنه لا يجوز لأن الاجتهاد إلى الحاكم لا إليهما . هذا كلامه ، ولم يصور الرافعي المسألة بما إذا كان القاضي حنفيًا وهو كذلك بلا شك .

قوله : ولو دعي المحبوس زوجته أو أمته لم يمنع إن كان في الحبس موضع خال ، فإن امتنعت أجبرت الأمة ولم تُجبر الزوجة الحرة ، لأنه لا يصلح للسكنَى ، والزوجة الأمة تُجبر إن رضى سيدها ، فكان يجوز أن يقال : الحبس زجر وتأديب ، فإن اقتضى الحال أن تمنع منه زوجته أو أمته فعل . انتهى كلامه .

وما ذكره بحثًا واقتضى كلامه عدم الوقوف عليه ، قد جزم به الغزالي في « فتاويه » فقال : إن الأمر فيه إلى رأي القاضي .

وجزم صاحب « الشامل » في « فتاويه » أيضًا بأنه يمنع من ذلك ، ولم يكله إلى نظر القاضي .

وقد ذكر النووي فى أوائل التفليس من « زوائده » ما قاله ، الغزالي وابن الصباغ ولم يرجح منها شيئًا .

ثم إنه هاهنا حذف الاحتمال الذي ذكره الرافعي وجزم بأنه لا يمنع ، فصار مخالفًا لكل من النقلين المذكورين هناك ، وقد ظهر من هذه النقول رجحان تفويضه إلى رأي القاضي ، لرجحان الرافعي له من غير اطلاعه على نقل يساعده فمع النقل أولى .

الفصل الثاني : في مستند قضائه

قوله : وأصح القولين عند عامة الأصحاب: أن القاضي يقضي بعلمه ، ثم قال : ولو أقر بالمدعي في مجلس قضائه قضى عليه ، وذلك قضاء بإقراره لا بعلم القاضي ، وإن أقر عنده بشراء ، فعلى القولين في القضاء بالعلم ، ومنهم من خصص القولين بما إذا علم المحكوم بنفسه وقال : هاهنا الحكم بالإقرار المعلوم لا بمجرد العلم بالمحكوم . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره من جواز الحكم بالإقرار الواقع في المجلس جزمًا وأنه لا يخرج على القولين مخالف لما ذكره قبل ذلك في الأدب الخامس ، فإنه جزم فيه هناك بحكاية القولين ، ولم يتعرض لهذه الطريقة التي جزم بها هاهنا وقد سبق ذكر لفظه هناك فراجعه ، وذكر نحوه أيضًا في كتاب الدعاوي في الكلام عن اليمين وستعرفه .

ومخالف أيضًا لنص الشافعي في « الأم » : فإنه سَوّى بين المجلس وغيره ، ذكر ذلك في كتاب « اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى » الواقع بعد باب قطع العبد في باب الدعوى والصلح ، فقال : قال الشافعي : وإذا اختصم الرجلان إلى القاضي ، فأقر أحدهما عند القاضي في مجلس الحكم أو غير مجلسه . هذا لفظه .

ثم حكى بعد هذا التصوير القولين واختلاف الناس وأقام الدليل عليه .

الثاني : أن مراده بقوله : ومنهم من خصص القولين . . . إلى آخره . أن بعضهم قال : إن الإقرار في الشركاء كالإقرار في المجلس حتى يقضي جزمًا ، وقد ذكره في « الشرح الصغير » بعبارة هي أوضح من هذه ، لا جرم أن النووي في « الروضة » عبر بقوله ، وقيل : يقضي قطعًا .

قوله في « الروضة » : وإذا قلنا : يقضي بعلمه ، فذاك في المال قطعًا وكذا في القصاص وحد القذف علي الأظهر ، ولا يجوز في حدود الله تعالى على المذهب ، وقيل : قولان . انتهى كلامه .

وما ذكره من تصحيح طريقة القطع في حدود الله تعالى سهو حصل في اختصاره لكلام الرافعي ، فإن المذكور في الشرحين : تصحيح طريقة القولين فتأمله ، وكلام « المحرر » لا يؤخذ منه شيء في ذلك ، فإنه قال : أصح القولين أن القاضي يقضي بعلمه إلا في حدود الله تعالى . هذه عبارته .

قوله : ولا خلاف أن القاضي لا يقضي بخلاف علمه إذا علم أن المدعي أبرأ عما ادعاه وأقام عليه البينة وأن المدعي قبله أوراه قبله بيد المدعي ، أو سمع مدعي الرق قد أعتق ومدعي النكاح قد طلق ثلاثًا ، وتحقق كذب الشهود ، فإنه يمتنع عن القضاء . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن ما ادعاه من نفي الخلاف قد تابعه عليه في « الروضة » ، وذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضًا وليس كذلك ، فقد حكى الماوردي في « الحاوي » وجهًا أنه يقضي بخلاف علمه والحالة هذه ، قال : لأن المعتبر في الحكم على هذا القول إنما هو الشهادة دون العلم .

ونقله أيضًا الروياني والشاشي في « الحلية » ، وابن يونس وابن الرفعة في شرحيهما « للتنبيه » .

الأمر الثاني : كما لا يقضي بخلاف علمه فليس له أن يقضي بعلمه ، صرح به الشاشي في « الحلية » ، وفي كلام الرافعي إشارة إليه فإنه أطلق منعه عن القضاء وكأن معناه قوة التهمة .

الأمر الثالث : أنه لابد في القضاء بالعلم من التصريح بالمستند ، فيقول القاضي : قد علمت أنه له عليك ما ادعاه وحكمت عليك بعلمي ، فإن

اقتصر على أحدهما لم ينفذ الحكم ، كذا ذكره الماوردي في « الحاوي » والروياني في « البحر » .

الأمر الرابع : أن عد العتق والطلاق من قسم العلم ممنوع ، فإنه لا يلزم من إعتاقه وتطليقه وقوع العتق والطلاق .

أما العتق : فلأن العبد قد يكون مرهونًا والراهن معسر والشاهدان يعلمان الواقعة ، ومثله العبد الجاني على ما هو مذكور في موضعه .

وأما النكاح : فقد يكون الزوج أتى بالتعليق المنسوب إلى ابن سريج فقال لها : متى وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثًا ، ومقتضى كلام «الكتاب» و « الروضة » : أن الأكثرين على عدم الوقوع ، ونقله عن النص .

الخامس : أن التعبير بقوله : لا يقضي بخلاف علمه ، فيه تجوز بل الصواب بما يعلم خلافه ، وبه عبّر الماوردي وغيره ، فإن من يقضي بشهادة شاهدين لا يعلم كذبهما ولا صدقهما قاض بخلاف علمه مع أن قضاءه نافذ بالاتفاق .

واعلم أن اشتهار الخبر بين الناس بالتواتر هل ينزل منزلة البينة أم حكمه حكم المعلوم بالمشاهدة حتى يجري فيه القولان ؟ على وجهين حكاهما في «النهاية » قُبيل باب كيفية تفريق الصدقات .

قوله : واعلم أن الأئمة مثّلوا القضاء بالعلم الذي هو محل القولين بما إذا ادعى عليه مالاً وقد رآه القاضي أقرضه ذلك أو سمع المدعي عليه أقر بذلك ، ومعلوم أن رؤية الإقراض وسماع الإقرار لا يفيد اليقين بثبوت المحكوم به وقت القضاء ، فيدل أنهم أرادوا بالعلم الظن المؤكد لا اليقين . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الروضة » وهو يشعر بأنهما لم يقعا هاهنا في المسألة

على نقل ، وهو غريب فقد ذكر هو فرعين منقولين هما أصرح في الدلالة على المقصود مما ذكره ، وأحدهما قد حكى فيه وجهين ، فالموضع الأول : ذكره قبل كتاب العتق في الكلام على القافة فقال : ولو كان القاضي قائفًا فهل يقضي بعلمه ؟ فيه الخلاف في القضاء بالعلم . هذا لفظه .

والثاني : في أوائل القسمة فقال : وهل للقاضي أن يحكم بمعرفته في التقويم ؟، قيل : لا يجوز قطعًا لأنه تخمين مجرد ، وقيل : على القولين في القضاء بالعلم وهو الأشبه ، ولا يبعد أن يقام ظنه مقام الشهادة المبنية على الظن . هذا كلامه .

وقد صرح الإمام أيضًا بالمسألة هنا فقال : إذا جوزنا له أن يقضي بعلمه فذاك في ما يستيقنه لا ما يظنه ، وإن غلب على الظن .

وقال أيضًا في كتاب التفليس : ومن لطيف الكلام في ذلك أن كل ما تستند الشهادة فيه إلى اليقين فلو علمه القاضي بنفسه ففي قضائه خلاف ، ولو انتهى القاضي في ما لا علم له إلى منتهى يشهد فيه كالأصول التي ذكرناها فلا يحل له القضاء ، وإن كان يحل له أن يشهد بما ظهر عنده فليتأمل الناظر هذا ، فإنه من أسرار القضاء . هذا كلامه .

والذي ذكره من الأصول هي الشهادة على أنه لا مال له أو لا وارث له، والشهادة بالتعديل والشهادة بالأملاك ، وقد لخص الغزالي أيضًا هذا المعنى، فقال : ولا خلاف أنه لا يقضي بظنه الذي لا يستند إلى بينة .

وذكر الماوردي في كتاب اللقيط عكس ذلك ، وبالغ فيه فقال : إذا رأى الحاكم رجلاً يتصرف في دار مدة طويلة من غير معارضة جاز له أن يحكم له بالملك ، وفي جواز الشهادة في هذه الحالة قولان ، والفرق : أن الحاكم له أن يجتهد وليس للشهود أن يجتهدوا ؛ وهذا الذي ذكره الماوردي يؤيد ما

قاله الرافعي بلا شك .

وأما الأمثلة التي ذكرها ـ أعني : الرافعي ـ فإنه تبع فيها البغوي ، وقد يجاب عنها بأن السبب الذي استند إليه القـضاء فيها وهو الإقرار والإقراض معلوم بخلاف التصرف والتسامح ونحوهما فإنها لم تستند إلى معلوم .

قـوله : أمـا اليـمين فـقـد قـال الأصـحـاب : يجـوز له أن يـحلف على استحقاق الحق، وإذا ألحق اعتماداً على خط أبيه إذا وثق بخطه وأمانته .

وضبط القفال وثوقه بأن يكون بحيث لو وجد في تلك التذكرة أن لفلان عليّ كذا لا يجـد من نفسـه أن يحلف على نفي العلم بل يؤديه من التـركة ، وفرق بينه وبين القضاء والشهادة : بأنه يمكن فيها التذكر والرجوع إلى اليقين حتى لو وجد بخط نفسه أن له على فلان كذا أو أنه أدى دين فلان لم يجز له الحلف حتى يتذكر ، قاله في « الشامل » . انتهى ملخصاً .

فيه أمران :

أحدهـما : أن ما ذكره من جواز الحلف من اشتـراط الثقة والأمانة تابعه عليه في « الروضة » أيضًا ، وهو لا يظهر في مـسائل ذكرها الرافعي فينبغي استحضارها لئلا يحصل الغلط بسببها .

الأولى : ما ذكره في الشفعة أنه لو بيع [الشقص] [١] بصبرة من فضة وادعي الشفيـع أنها كذا ونكل المشتري ، جـاز للشفيع الحلف اعـتماداً على نكوله .

الثانية : ما ذكره في الجنايات في باب دعوى الدم : أن المشتري إذا نازعه شخص في المبيع وادعى أنه له وأن البائع غصـبه جاز له ـ أي للمشتري ـ أن يحلف على أنه لا يلزمه التسليم اعتماداً على قول البائع .

---

(١) في أ : السقط .

الثالثة : ما ذكره في آخر الباب الأول من أبواب الدعاوي : أنه إذا أنكر المودع التلف وتأكد ظنه بنكول المودع جاز أن يحلف اليمين المردود في أصح الوجهين .

الأمر الثاني : أن ما نقله عن « الشامل » وأقره من امتناع الحلف على خط نفسه ، ذكر مثله في « الشرح الصغير » وزاد على ذلك فقال : ذكره صاحب « الشامل » وغيره .

وهذا الذي نقله عن « الشامل » وأقره هو والنووي عليه ليس هو الصحيح فاعلمه ، فقد جزم بعد ذلك في كتاب الدعاوي في الركن الثالث منه المعقود للحلف بما يخالفه ، فقال قبيل الطرف الثالث ما نصه : فيه مسألتان :

إحداهما : ما يحلف فيه على البت لا يشترط فيه اليقين ، بل يجوز البت بناء على ظن مؤكد ينشأ من خطه أو خط أبيه أو نكول خصمه . هذا لفظه وتبعه عليه النووي وجزم به أيضًا في « المحرر » و « المنهاج » .

قوله في « الروضة » : فرع : قال الصيمري : ينبغي للشاهد أن يثبت حلية المقر إذا لم يعرفه بعد الشهادة ليستعين بها على التذكر ، ويقرب من هذا ذِكْر التاريخ ومَوْضِع التحمل ومن كان معه حينئذ ونحو ذلك . انتهى كلامه .

والتعبير بقوله : ينبغي هو قريب من تعبير الرافعي أيضًا ، وهذا الكلام يشعر بأن تعاطي أسباب التذكر مستحب ، وهو كذلك كما صرح به في آخر الباب الثالث من أبواب الشهادات فاعلمه .

قوله : ولو شهد شاهدان على حكمه عند قاض آخر قبل شهادتهما وأمضى حكم الأول ، إلا إذا قامت بينة بأن الأول أنكر حكمه وكذبهما ، فإن قامت بينة بأنه توقف ، فوجهان : أوفقهما لكلام الأكثرين : أنه يقبل

شهادتهما وقال الأودي وصاحب « المهذب » : لا يقبل لأن توقفه يورث تهمة ، وعلى هذا لو شهد عدلان أن شاهدي الأصل توقفا في الشهادة لم يجز الحكم بشهادة الفرع . انتهى .

وما اقتضاه آخر كلامه من تخريج شهود الفرع على هذين الوجهين قد تابعه عليه في « الروضة » أيضًا ، ولم يصرحا بنقله مع أن المحاملي وصاحب « المهذب » والغزالي في « البسيط » قاسوا المنع في شهود الحكم على شهود الفرع ، فَدَلّ ذلك على الاتفاق على المنع ولم يتعرض للمسألة في بابها .

الفصل الثالث: في التسوية

وفيه مسألتان: إحداهما: يسوي القاضي بين الخصمين في الدخول عليهما والقيام لهما والنظر إليهما والاستماع وطلاقة الوجه وسائر أنواع الإكرام. انتهى كلامه.

وتعبير الرافعي في أول كلامه بقوله: في الدخول عليهما، وقع كذلك في النسخ، وهو سبق قلم وصوابه في دخولهما عليه.

قوله: ويسوى بينهما أيضًا في جواب سلامهما، فإن سلما أجابهما معًا، وإن سلم أحدهما قال الأصحاب: يصبر حتى يسلم الآخر فيجيبهما معًا، وقد يتوقف في هذا إذا طال الفصل، فإنه يمتنع من انتهاضة جوابًا. انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أن ما نقله عن الأصحاب من كونه لا يسلم على الأول إلا بتقدير سلام الثاني، واقتضى كلامه عدم الوقوف على غيره حتى أبداه بحثًا عند الطول خاصة، ذكره البغوي تبعًا للقاضي الحسين فقلده فيه الرافعي متوهمًا عدم الخلاف فيه.

ثم إن النووي قلّد الرافعي في ذلك، وهو عجيب فإن الإمام قد حكى هذا عن القاضي وحده ثم ضعفه، وينبغي ذكر لفظه لغرض آخر يأتي ذكره فنقول: قال الإمام بعد باب القسمة: وإن سلم أحدهما فقد أفرط بعض الأصحاب، وقال: لا يرد جوابه بل يسكت لأن القاضي في شغل شاغل، وإن أراد قال لخصمه: سلّم، ثم يرد جواب سلامهما، وهذا عندي سرف وإن ذكره القاضي فإن رد السلام محمول على ابتداء أحدهما به، وهذا مما لا يخفي، ولا يظهر ميلاً. هذا كلامه وهو ظاهر.

وذكر نحوه الغزالي في « البسيط » فقال : أفرط بعض الأصحاب فقال: لا يجبه إلى أن يُسَلِّم الآخر ، ثم قال : وهذا بعيد وعذره في الجواب بين ، وصححه أيضًا في « الوسيط » ، وحكى الماوردي ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يرد السلام عليه وحده في الحال .

والثاني : بعد الحكم .

والثالث : يرده في الحال عليهما .

ولم يحك ما عـزاه الرافعي إلى الأصحاب وجـهًا بالكلية ، وذكـر مثله الروياني في « البـحـر » والشـاشي في « الحليـة » وصـاحب « الذخـائر » والعراقي شارح « المهذب » وابن يونس في « شرح التنبيه » وحكى كثير من هؤلاء وجـهًا آخـرًا : أنه لا يجب الرد أصلاً لأن شـغل القاضي مـانع من مشروعية السلام .

وحكى الروياني أيضًا عن القفال : أنه صـحح الرد على أحدهما عقب سلامه ، وجزم به أيضًا أبو الطيب في أوائل كتـاب أدب القضاء من تعليقته في أثناء مسألة أولها : قال الشافعي وأحب أن يقضي في موضع بارز .

وعبـر الطبري في « العـدة » بما يدل عليه لمن تـأمله فقال : ينـبغي أن يسوي بينهما في رد السلام . هذه عبارته .

وذكر مثلها الغزالي في « الوجيز » ومدلولها: أنهما إذا سلما فليس له أن يرد على أحدهما ويمتنع من الرد على الآخر، وحكى ابن أبي الدم في «أدب القضاء » وجهين من غير ترجيح في المسألة ، وأجراهما أيضًا في ما إذا سبق وسلم قـبل دخول الآخر بالـكلية ،وسكت عن التـصريح بالمسـألة جمـاعة كثيـرون منهم الدارمي في « الاستذكار » والشـيخ في « المهذب » وأبو نصر البندنيجي صاحب « المعتمـد » والجرجاني في « الشافي » والخـوارزمي في «الكافي » والعمراني في « البيان » وابن عصرون في « المرشد » وغيرهم .

فتلخص أن ما قاله الرافعي من إسناد ذلك إلى الأصحاب غلط محض أوقعه فيه جزم صاحب « التهذيب » .

الأمر الثاني : أن ما ذكراه في هذه المسألة لا يوافق ما جزم به في كتاب السير ، فقد قالا هناك : إن ابتداء السلام سُنّة على الكفاية ، فإذا حضر جماعة وسلّم أحدهم كفى ذلك عن سلام الباقين .

قوله في المسألة : وذكروا أي الأصحاب أنه لا بأس أن يقول للآخر : سَلِّم ، فإذا سَلَّم أجابهما ، وفي هذا اشتغال منه بغير الجواب ، ومثله بقطع الجواب عن الخطاب . انتهى كلامه .

واعلم أنه قد ذكر في كتاب «السير» : أنه يجب أن يكون رد السلام متصلاً به الاتصال المشروط بين الإيجاب والقبول في العقود ، وقد اختلفوا في اللفظ اليسير الفاصل بينهما هل يضر أم لا ؟ على وجهين ، واختلف كلامهم في الراجح منهما كما أوضحته في الكلام على أركان النكاح فراجعه ،وهذه الصورة فرد من أفراد ذلك فيأتي فيها ما سبق هناك فاعلمه .

قوله أيضًا في المسألة : وحكى الإمام أنهم ـ أي : الأصحاب ـ جوزوا للقاضي ترك الجواب مطلقًا واستبعده . انتهى كلامه .

وما ذكره من كون الإمام نقله عن الأصحاب وتابعه عليه في « الروضة» أيضًا غلط ، فإن الإمام إنما نقله عن بعضهم وقد تقدم ذكر لفظه .

قوله : فإن كان أحدهما مسلمًا والآخر كافرًا فوجهان :

أصحهما وهو ما أورده العراقيون : أنه يرفع المسلم في المجلس .

والثاني : يسوي .

ويمكن أن يجري الوجهان في سائر وجوه الإكرام . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن النووي في « الروضة » عبر بقوله : أصحهما وبه قطع العراقيون ، وما قاله من قطع العراقيين باطل ، فقد حكى الماوردي في «الحاوي » وجهين ، وكذلك الشيخ في « المهذب » والشاشي في « الحلية » وابن عصرون في «الانتصار» والعمراني في « البيان » وكل هؤلاء عراقيون .

الأمر الثاني : أن النووي قد تابعه في « الروضة » على احتمال جريانهما، وقد أجاب الفوراني في « الإبانة » بما ذكراه بحثًا ، فقال بعد ذكر أنواع التسوية: فرع : إذا كان أحدهما كافراً هل يسوى بينهما ؟ وجهان :

أحدهما : يسوي لأنها استويا في الدعوى .

والثاني : لا . هذه عبارته .

وذكر الشيخ في « التنبيه » أنه يقدم المسلم في الدخول ويرفعه في المجلس ، وذكر الماوردي في « الحاوي » ما يخالف الفوراني ، فقال : وفي التسوية بين المسلم والكافر في المجلس وجهان :

أحدهما : يسوي بينهما فيه كما يسوي بينهما في المدخل والكلام .

والثاني : يقدم المسلم . انتهى .

وهو يدل على أن المدخل والكلام محل اتفاق ، وكذلك ذكر صاحب «الاستقصاء » وغيره .

ولو كان أحدهما مرتدًا والآخر ذميًا فيتجه تخريجه على التكافؤ في القصاص ، والصحيح ، أن المرتد يُقتل بالذمي دون عكسه .

قوله : وإذا كان يدعي دعوى غير محررة ، قال الإصطخري : يبين له كيفية الدعوى الصحيحة ، وقال غيره : لا يجوز لانكسار قلب الآخر ، وتعريف الشاهد كيفية أداء الشهادة على هذين الوجهين ، قال في «العدة » : والأصح الجواز . انتهى كلامه .

لم يرجح منهما شيئًا في « الروضــة » أيضًا ،وقد صحح في « التنبيه » منع تلقين الدعوى وأقره عليه النووي فلم يستدركه في كتابه « التصحيح » .

قوله : وإذا ادعى المدعي طالب خصمه بالجـواب وقال : ماذا تقول ؟ وفيه وجه أنه لا يطالبه بالجواب حتى يسأل المدعي . انتهى .

فيه أمران :

أحدهـما : أنه ليس في كلامه مـا يدل على أن الخلاف في الجواز أو في الأولوية ، وقد بينه الماوردي والشيخ في « المهذب » وغيرهما .

وقالوا : إن الخلاف في الجواز ، وعللوا المنع بأن ذلك حق للمدعي فلا يجوز استيفاؤه من غير إذنه ، والجواز بقرينة الدعوى .

وفائدة الخلاف كمـا قاله الماوردي : في الاعتداد بالإنكار ، وفي الحكم بالبينة قبل سؤال المحكوم له .

واقتصر ابن يونس في « شرح التنبيه » على الفائدة الثانية .

الأمر الثـاني : أن ما ذكره هاهنا من ترجيح الجـواز ذكر مثله في «الشرح الصغير » أيضًا هنا ،ثم خالف فيـه ـ أعني : في «الصغير» ـ في أوائل كتاب الدعاوى فقال ما نصه : فيه وجهان :أشبههما ويحكي عن أبي حنيفة : لا ، لأنه حقه فلا يستوفي إلا بسؤاله هذا لفظه ولم يذكر ترجيحًا غيره .

والرافعي في « الكبيـر » حكى هناك وجهين من غير ترجـيح ، ونقضه النووي فقال في « زوائده » : الأقوى أن له ذلك ، ولم يستـحضر تصحيح الرافعي له في هذا البـاب ولا تصحيحـه هو حتى أنه بالغ هنا فقـال : وفيه وجه ضعيف أنه لا يطالبه بالجواب حتى يسأله المدعي .

قـوله : وهل يثبت المدعي بمجـرد الإقرار ، أم يفـتـقـر ثبوته إلـى قضـاء

القاضي ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يفتقر إليه كالثبوت بعد إقامة البينة .

وأصحهما : المنع ، فإن دلالة الإقرار على الحق بينة ، والإنسان على بصيرة من نفسه ، وأما البينة فيحتاج في قبولها إلى النظر والاجتهاد ، هكذا ذكروه والطبع لا يكاد يقبل هذا الخلاف ، لأنه إن كان الكلام في ثبوت الحق [المدعى] [(١)]به في نفسه فمعلوم أنه لا يتوقف على الإقرار ، فكيف على الحكم بعد الإقرار ؟ ، وإن كان المراد مطالبة المُدَّعِي وإلزام القاضي فلا خلاف في ثبوتهما بعد [الإقرار] [(٢)]. انتهى .

وما ذكره من أن المُدّعِي له الطلب بعد الإقرار بلا خلاف قد تبعه عليه أيضًا في « الروضة » ، ولكن قد جزم الماوردي بما ظاهره المخالفة فقال : له أن يلازمه بعد الحكم وليس له ملازمته قبله .

قوله : وإن أنكر المُدَّعَى عليه فللقاضي أن يسكت وله أن يقول للمدعي : ألك بينة ؟ وقيل : لا يقول ذلك إلا بعد طلب المدعي لأنه كالتلقين . انتهى .

تابعه في « الروضة » على إطلاق التخيير ، وكذلك أطلقه أيضًا بعضهم وقيده جماعة بما إذا كان المدعي يعلم أنه وقت التنبيه ، فإن كان لا يعلم ذلك لم يسكت بل يسأله عن البينة ، كذا ذكره الشيخ في « المهذب » والعمراني في « البيان » وابن يونس شارح « التنبيه » .

ومقتضى كلام « النهاية » : أن الأصح أن القاضي يقول للمدعي : ألك بينة ؟ مطلقًا سواء أكان المدعي عالمًا أو جاهلاً .

وكلام الماوردي يقتضي أنه مُخَيّر بين أن يقول للمدعي : قد أنكرك فهل

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

لك بينة ؟ وبين أن يقول له : قد أنكرك فما عندك ؟ سواء كان المدعي عالمًا أو جاهلاً ، لكن الأول أولى عند الجهل .

والثاني أولى عند العلم .

ويتلخص من مجموع ذلك وجوه أربعة ، وإن أخذنا كلام الرافعي على إطلاقه جاء منه وجه خامس ، إلا أن حمله على الإطلاق بعيد .

قوله : فإن قال المدعي : ليس لي بينة حاضرة ، فحلف المدعي عليه ، ثم أحضر البينة سُمِعت ، وكذا لو قال : لا حاضرة ولا غائبة في أظهر الوجهين .

ولو قال : لا بينة لي ، واقتصر عليه ، ففي « التهذيب » : أنه كالقسم الأول ، وفي « الكتاب » : أنه كالثاني حتى يكون على وجهين . انتهى ملخصًا .

لم يصحح شيئًا من الطريقين في « الروضة » أيضًا ، والصحيح : هو الطريق الثاني ، وهو ما ذهب إليه الغزالي ،كذا صححه الرافعي في «الشرح الصغير » ، وحكى الماوردي والشاشي في الصورة الثانية وجهًا :أنه إن كان هو الذي استشهدهم لم تقبل ، وإن استشهدهم وكيله أو موروثه قُبِلت .

وقريب من هذه المسألة ما إذا قال : اشتريته بعشرة ، ثم قال : بل بعشرين ، وقد تقدمت في باب المرابحة ، وكذا إذا قال : لست بشاهد في هذا الشيء ، ثم جاء فشهد فيه ، فقد ذكره الرافعي قبل الركن الرابع المعقود للنكول فقال : إن قالاه حين تصديا لإقامة الشهادة لم تقبل شهادتهما ، وإن قالاه قبل ذلك بشهر أو يوم لم يندفع ، وأطلق القاضي الحسين في «فتاويه» عدم القبول .

قوله : ولو قال : شهودي عبيد ، أو فسقة ، ثم أتى بعدول قبلنا شهادتهم إن مضى زمان يمكن فيه العتق والاستبراء . انتهى كلامه .

هذا الحكم ذكره البغوي تبعًا للقاضي الحسين ، فقلده فيه الرافعي ثم النووي ، ويتعين تصوير المسألة بما إذا عين شهوده الذين وصفهم بالرق أو الفسق ، فإن أطلق أو عيّن ولكن أقام غير المعينين فقياس ما ذكرناه في المسألة السابقة أنها تقبل ، وقد صرح في « الإشراف » بنقله عن نص الشافعي فقال : لو قال بعد اليمين أو قبلها : كل بينة لي زور أو كاذبة ، ثم أقامها قُبِلت على النص لأنه لا يجوز أن لا يعرفها .

قوله : والظاهر أن تقديم المسافر والمرأة ليس هو بمستحق ، وإنما هو نوع رخصة يجوز الأخذ به . انتهى .

قال في « الروضة » : المختار أنه مستحب لا يقتصر فيه على الإباحة .

قوله : فرع : المقدم بالسفر يجوز أن لا يقدم إلا بدعوى واحدة ، ويجوز أن يقدم جميع دعاويه ، لأن سبب تقديمه أن لا يتخلف عن رفقته ، ويجوز أن يقال : إذا عرف أن له دعاوى فهو كالمقيمين ، لأن تقديمه بالجميع يضر بغيره ، وتقديمه بدعوى لا يحصل الغرض . انتهى .

قال في « الروضة » : الأرجح أن دعاويه إن كانت قليلة أو خفيفة بحيث لا تضر بالباقين إضرارًا بينًا قدم بجميعها ، وإلا فيقدم بواحدة لأنها مأذون فيها ، وقد يقتنع بواحدة ويؤخر الباقين إلى أن يحضر . انتهى .

وما ذكره النووي من التقديم بالواحدة فقط مردود ، بل القياس على ما قاله أن يسمع في عدد لا يضر كما لو لم يكن معه غيره .

قوله : ولو جهل القاضي إسلام الشاهدين لم يقنع بظاهر الدار ، ولكن يبحث عنه ، ويكفي فيه الرجوع إلى قول الشاهد ويخالف الحرية ، فإنه لا يرجع إليه فيها في أظهر القولين على ما قال في « المهذب » ، لأن الإسلام مستقل به فيرجع إليه فيه بخلاف الحرية . انتهى ملخصًا .

وقد اختلف كلام الرافعي وكذا كلام « الروضة » في الحكم على الكافر بالإسلام إذا قال : أنا مسلم ، وقد تقدم إيضاحه في باب الردة ، والأصح في الإقرار بالحرية : ما رجحه في « المهذب » ، كذا صححه الرافعي في « الشرح الصغير » والنووي في أصل « الروضة » .

قوله : من نُصِّب حاكمًا في الجرح والتعديل اعتبر فيه صفات القضاة . انتهى .

واعلم أنه قد سبق أن من شروط القاضي بلوغ رتبة الاجتهاد ، ولكن ذكر الرافعي قبل ذلك في الكلام على الاستخلاف كلامًا ينبغي استحضاره هنا فقال : يشترط في الذي يستخلفه ما يشترط في القاضي ، قال الشيخ أبو محمد وغيره : فإن فوض إليه أمرًا خاصًا كفاه من العلم ما يحتاج إليه في ذلك الباب حتى أن نائب القاضي في القُرى إذا كان المفوض إليه سماع البينة دون الحكم كفاه العلم بشروط سماع البينة ولا يشترط فيه رتبة الاجتهاد.

قوله : ولابد في شاهد الإعسار والتزكية من الخبرة الباطنة ، قال في «الوسيط » : ويجب على القاضي أن يعرف أن المزكي هل هو خبير بباطن الشاهد في كل تزكيته ؟ إلا إذا علم من عادته أنه لا يُزكِّي إلا بعد الخبرة . انتهى .

وما ذكره هنا في شروط شاهد التزكية ، قد ذكر خلافه في شاهد الإعسار ، وقد سبق إيضاح وجه المخالفة في التفليس فراجعه .

قوله : وهل يشترط ذكر سبب رؤية الجرح أو سماعه ؟ فيه وجهان :

أشهرهما : نعم ، فيقول مثلاً : رأيته يزكي ، وسمعته يقذف ، وعلى هذا القياس يقول في الاستفاضة : استفاض عندي .

وأقيسهما : أنه لا يشترط . انتهى .

وهذا الكلام صريح في أن الشاهد إذا كـان مستنده الاستفـاضة وصرح بذلك في شهادته لم يكن قـادحًا في شهادته فتـفطن لذلك فإنه الصواب ، وسيكون لنا عودة لذلك في الشهادات إن شاء الله تعالى .

قوله : ولا يجعل الجارح بذكر الزنا قادحًا للحاجة ، كما لا يجعل الشاهد قاذفًا ، فإن لم يوافقه غيره فليكن كما لو شهد ثلاثة بالزنا هل يجعلون قذفه؟ فيه القولان . انتهى .

قال في « الروضة » : المختار أو الصـواب : أنه لا يجعل قاذفًا وإن لم يوافقه غيره ، لأنه معذور في شهادته بالجرح فإنه مسئول عنها وهي في حقه فرض كـفاية أو متعـينة بخلاف شهـود الزنا فإنهم مندوبون إلى السـتر فهم مقصرون ، والله أعلم . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحـدها : أن ما اختاره النووي من كونه لا يصـير قاذفًا هو المعروف في «المهـذب » ، فقـد جزم به الشـيخ أبو حامـد والقاضي الحـسين والروياني وغيرهم تفريعًا على الوجوه فـيما إذا شهد ثلاثة بالزنا ، ولم يقل أحد منهم بتخريج المسألة هنا على ذلك الخلاف كما فعله الرافعي .

نعم حكى الإمام وجهين :

أحدهما : أنه لا يكون قذفًا في هذا المقام ، لكونه مسئولاً كما سبق .

والثـاني : نعم كغـيره ،فـعلى هذا لا يكلفـون التصـريح به بل يكفي التعريض ، هذا كـلام الإمام ، وقد تلخص أن ما اقتضـاه كلام الرافعي هنا من وجوب ذكـر الزنا ووجوب الحد عليه باطل غـير معروف ، قـال : فإن القائل قائلان : قائل بعدم وجوب الذكـر ، وقائل بوجوبه وأنه لا حد عليه هنا، ولا شك أنهـما لم يقفـا في هذه المسألة على نقـل بل تفقهـا فيـها ، فصادف أن ما ذكره النووي فيها هو الصواب نقلاً ودليلاً .

الثـاني : أن تعليل النووي بقوله فإنه مسـئول عنها يوهم أن الشهادة على الجرح تتوقف على السؤال ، وليس كذلك بل يقبل فيـها شهادة الحسبة كما ذكره في آخر الباب .

الأمر الثالث : أن ما ذكره في آخر كلامه وهو أن شهود الزنا هل يستحب لهم الشهادة أو الستر ؟ ذكره في مواضع من « الروضة » :أحدها : في حد الزنا .

وثانيها : في هذا الموضع .

وثالثـهـا : في البـاب الأول من أبواب الـشـهـادات في أثناء الـسـبب السادس.

واختلف فيها كلامه وكذلك كلام الرافعي أيضًا ، وقد سبق إيضاحه في حد الزنا فراجعه .

قوله : وهل يشترط لفظ الشهادة من المزكي ؟ فيه وجهان :

أظهرهما : نعم ، فيقول : أشهد أنه عدل .

وقال في « الوسيط » : إن اعتـبرنا مشافهة القاضـي فلابد من لفظ الشهادة وإن لم نعتبر ففي اشتراطه في الكتابة والرسالة وجهان . انتهى .

وحاصله حكاية وجـهين عنه في « الوسيط » فيمـا إذا كتب ، أو أرسل ولم يكتب .

وهذا النقل عنه ليس مطابقًـا لما فيـه فإنه إنما حكى الوجهين فـي الكتابة خاصة فقال : وإن اكتفينا بالرقعة مع الرسول ففي اشتراط كتابة لفظ الشهادة خلاف كما في المترجم ، هذه عبارته .

ولا شك أن الغزالي أخـذ ذلك من « النهاية » ، فـإنه قال : ذهب أبو إسحاق المروزي إلى أن الجـرح والتعديل لايثبتان إلا بتـصريح الشاهدين ولا تعويل على الرقاع ولا على أجوبة الرسل .

وقال الإصطخـري : يكفي الرسل حتى لا يشتهـر المزكون ، ولا تكفي

الكتابة ،فإن اكتفينا بقول الرسل ، فقد ذكر صاحب « التقريب » وجهين في اشتراط لفظ الشهادة : وجه التردد : أنّا شرطنا العدد وقبلناهم مع إمكان الوصول إلى الأصول . انتهى ملخصًا .

فالغزالي حكى الخلاف تفريعًا على « الكتاب » ، والإمام إنما حكاه تفريعًا على الاكتفاء بالمرسل ، فتلخص أن هذه الكتب الثلاث لا توافق بعضها وإن كُنّا نقطع أن كلام « النهاية » هو الأصل ، وإنما حصل ذلك من تصرفهم في النقل ، وقد سَلِمَ في « الروضة » من ذلك فإنه لم يصرح بالبناء ولا بالمنقول عنه .

قوله : ولا يقبل الجرح المطلق ، بل لابد من بيان سببه . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » وهو يقتضي : أنه لا يبقى للبينة في هذه الحالة اعتبار بالكلية حتى يقدم عليها بينة التعديل ، وليس كذلك بل معنى عدم قبولها ، وهو أنه يجب التوقف عن العمل بها إلى أن يبحث عن السبب ، كذا ذكره النووي في « شرح مسلم » بالنسبة إلى جرح الراوي ، ولا فرق في ذلك بين الرواية والشهادة .

قوله : والأصح أنه يكفي أن يقول : هو عدل ، وقيل : لابد أن يقول: عدل علي ولي ، واختلف القائلون به ، فقيل : لأن الشخص قد يقبل في القليل دون الكثير ، وقيل : لبيان أنه ليس بوالد ولا ولد . انتهى.

فيه أمران :

أحدهما : أن فائدة الخلاف كما قاله الماوردي في ما إذا علم الحاكم انتفاء البنوة بينهما ، وحذف هذا الخلاف من « الروضة » .

واعلم أنه لا يلزم من كونه مقبولاً للمزكي ، وعليه أن يكون كذلك بالنسبة إلى المدعى عليه في الواقعة التي احتيج إلى التعديل بسببها ، فإنه قد يكون ابنًا له أو أبًا فلابد من التعرض لذلك ، وقد أهمله الأصحاب حتى قال الإمام : ومن أبلغ عبارات المزكين وأوقعها : عدل علي ولي ، وهذه

العبارة شائعة على مر الدهور ، والأصحاب مجمعون على حملها على موجب ما يتفاهمون منها ، هذه عبارته .

الأمر الثاني : أن الرافعي قد حكى عن [نص الشافعي في « الأم » ، و«المختصر » أنه لابد أن يقول : عدل على ولي ، وحكى عن] (١) نصه في «حرملة» : أنه لا يشترط ذلك ، بل يشترط أن يقول : عدل رضى أو مرضي أو مقبول الشهادة ، قال : ومدلول هذه الزيادة غير مدلول تلك، فتلخص أن الشافعي جازم بأنه لا يكفي العدل وحده ، وفي ما يشترطه معه قولان ولا يؤخذ ذلك من « الروضة » .

قوله : وذكر في « الوجيز » أنه يقول : عدل مقبول الشهادة ، وفيه أمران :

أحدهما : أن الوصف بقبول الشهادة تغني عن العدالة .

الثاني : يشبه أن يقال : إن الحال يختلف بحسب سؤال القاضي ، فإن سأل عن عدالته كفاه التعرض لها ، وإن سأل عن قبول شهادته فلابد من التعرض لها لتدخل فيه المروءة وعدم السقط من ولادة أو عداوة . انتهى كلامه .

وأهملْ النووي ذكر الأمرين المذكورين وهما أمران مهمان ، واستفدنا من هذا أنه إذا قال المزكي : هو عدل على ولي ، لا يحكم الحاكم بقوله إلا إذا عرف مروءته وخلُوّه من الموانع ؛ ولهذا قال إمام الحرمين ما نصه : نعم تثبت العدالة بقوله : عدل رضى ، ثم يستخير بعد هذا عن الأسباب المانعة من قبول الشهادة ، هذه عبارته .

قوله : ثم حكى القاضي تفريعًا على اعتبار كلمتي « على » و « إلى » وجهين :

---

(١) سقط من أ .

أحدهما : أن اعتبارهما مخصوص بما إذا أخبر المزكون أصحاب المسائل .

والثاني : أنهما شاملان لذلك ولإخبار أصحاب المسائل للقاضي ، ولا فقه في الفرق . انتهى .

أسقط هذا الخلاف من « الروضة » .

قوله : وذكر في « الوجيز » : أنه لا يجوز التعديل بالتسامع ، وهو يوافق ما سبق أنه يعتبر في المعدل الخبرة الباطنة ، ولكنْ المخبرون الذين يحصل الاستفاضة بهم لو كانوا خبيرين بباطن حاله فلا يبعد أن يجوز للشاهد التعديل وتقام خبرتهم كما أقيم في الجرح ورؤيتهم مكان رؤيته . انتهى .

وما ذكره بحثًا واقتضى كلامه عدم الوقوف عليه وتابعه عليه في «الروضة» قد جزم به القاضي الحسين في « تعليقه » ، فقال : يجوز الاعتماد في التعديل على ما يسمع من أفواه الناس مرة بعد أخرى بحيث يخرج عن حد التواطؤ . انتهى .

ونقله أيضًا الهروي في « الإشراف » عن القفال الشاشي ، ونقل في «الروضة » المسألة إلى قبل هذا الموضع بقليل .

قوله : ونابه ... إلى آخره .

هذه اللفظة عبر أيضًا بها في ـ آخر كتاب الفلس وسبق الكلام عليه هناك فراجعه .

الباب الثالث: في القضاء علي الغائب

قوله : واحتج الأصحاب على أبي حنيفة في منعه القضاء على الغائب بما روي أنه ﷺ قال لهند : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » [1]، وكان ذلك قضاء منه على زوجها أبي سفيان وهو غائب . انتهى .

وما ذكره هاهنا من كونه قضاء ، قد خالفه في باب نفقة الأقارب فرجح أنه إفتاء لا قضاء ، وقد ذكرت لفظه هناك فراجعه .

قوله : ويشترط في الدعوى على الغائب ما يشترط في الدعوى على الحاضر من بيان جنس المدعي وقدره وصفته . انتهى .

اعترض عليه ابن الرفعة بأن ذكر الوصف لا يغني عن ذكر النوع ولابد منه .

وقد صرح في الدعوى على الحاضر بأنه لابد من بيان النوع ، وصرح أيضًا بذكره في هذا الباب في ركن المحكوم به .

قوله : وينبغي أن يدعي جحود الغائب فإن قال : هو مُقِرّ ، لم تسمع بينته ولغى دعواه ، وإن لم يعترض لجحوده ولا لإقراره فوجهان : ميل الإمام منهما إلى أن بينته تُسمع لأنه قد لا يعلم جحوده ، انتهى .

والذي مال إليه الإمام هو الراجح ، فقال الرافعي في « المحرر » : إنه أشبه الوجهين ، وفي « الشرح الصغير » : إنه أولى الوجهين ، وصرح النووي بتصحيحه في أصل « الروضة » .

قوله : فَيُحَلِّف القاضي من ادعى على الغائب بعد قيام البينة وتعديلها أنه ما أبرأه من الدَّين الذي يدعيه ولا من شيء منه ولا اعتاض ولا استوفى ولا

---

(١) أخرجه البخاري (٥٠٤٩) من حديث عائشة رضي الله عنها .

أحال عليه ولا أخذ من جهته بل هو ثابت في ذمة المدعى عليه يلزمه توفيته، ويجوز أن يقتصر فيحلفه على ثبوت المال في ذمته ووجوب التسليم ،لأن المدعى عليه لو كان حاضراً لكان له أن يدعي عليه شيئًا من الجهات المذكورة فيحلفه .

فينبغي للقاضي أن يحتاط له ؛ ولذلك يحلف مع البينة إذا كانت الدعوى على صبي أو مجنون أو ميت ليس له وارث حاضر ، فإن كان حلف بسؤال الوارث ، وهذا التحليف : واجب ، وقيل : مستحب . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أنه إذا كان للغائب ومن في معناه كالمتعزز وكيل ، فهل يتوقف التحليف على طلب الوكيل أم للقاضي تحليفه من غير طلبه ؟ فيه جوابان لأبي العباس الروياني حكاهما عنه الرافعي في الطرف الخامس ولم يرجح منها شيئًا ، وتبعه عليه في « الروضة » .

الأمر الثاني : أن ما قاله الرافعي من التحليف على وجوب التسليم مُشكل من وجهين :

أحدهما : أن المدعي عليه لو كان حيًا عاقلاً حاضراً فقال بعد إقامة البينة : حلفه على استحقاقه ما ادعاه ، لم يجب إليه ؛ لأن فيه قدحًا في البينة ، فكيف يحلفه عليه في غيبته ؟

لا سيما وقد حلف على أنه ثابت في ذمة المدعى عليه .

وثانيهما : أن المدعى عليه لو كان بالصفات المذكورة وادعى مسقطًا وأراد تحليفه فطلب المدعى أن يحلف أنه يستحق عليه ما ادعاه ، لم يمكن منه ، بل يحلف على ذلك المسقط ، فكيف اكتفى به في حق الغائب ؟

وبالجملة : فقد أسقط الماوردي اعتبار ذلك فقال : وأقل ما يجزئه أن يحلف : إن حقه لثابت ، هذا كلامه ، وهو واضح فتعين العمل به .

قوله في المسألة : ويبنى على الخلاف في وجوب التحليف ما لو أقام قيِّم طفل بينة على قيِّم طفل ، فإن أوجبنا التحليف انتظرنا حتى يبلغ المدعى له فيحلف ، وإن قلنا بالاستحباب قضى بها . انتهى كلامه .

وحاصل هذا : أن الصحيح هو الانتظار إلى البلوغ ، لأن الصحيح هو وجوب التحليف .

إذا علمت ذلك فقد ذكر عقب هذا بأسطر ما قد يشكل على هذا فقال: ولو ادعى ولي الصبي دينًا للصبي ، فقال المدعي عليه : إنه أتلف عليَّ من جنس ما يدعيه قدر دينه ، لم ينفعه بل عليه أداء ما أثبته الولي ، فإذا بلغ الصبي حلفه . هذا كلامه .

إلا أنه فرض تلك في ما إذا كان المدعى له وعليه صبيين ، وهذه في ما إذا كان الصبي هو الذي ادعى له خاصة .

وقد يجاب بأن اليمين هناك من تتمة الدعوى الأولى، فتوقفنا [على] (١) ما توجبه .

وأما اليمين في المسألة الثانية فإنها توجهت في دعوى أخرى غير تلك .

قوله : ولو لم يقرأ الكتاب على الشاهدين وقال : أشهدكما على أن ما فيه حكمي ، أو على أني قضيت بمضمونه فوجهان :

أظهرهما : أنه لا يكفي ما لم يفصل لهما ، ويجري الخلاف في ما لو قال المقر : أشهدك على ما في هذه القبالة وأنا عالم به ، ومذهب الشافعي وأبي حنيفة كما نقله الصيمري : أنه لا يكفي ، ويشبه أن يكون هذا الخلاف في أن الشاهد هل يشهد على أنه أقر بمضمون القبالة ؟ على التفصيل :

فأما الشهادة على أنه أقر بما في هذا الكتاب مبهمًا ، فما ينبغي أن يكون

---

(١) في أ : في .

فيه خلاف كسائر الأقارير المبهمة . انتهى كلامه .

وما ادعاه من نفي الخلاف عن الشهادات بالأقارير المبهمة تبعه عليه أيضًا في « الروضة » ، وليس كـذلك فإن الرافـعي قد حكى في كتـاب الدعاوى وجهين في مـا إذا أقام بينة على أنه أقر له بشيء ، أو على أن له عليـه مالاً وقالت : لا نعلم قدره ، هل يسمع أم لا ؟

أحدهما : يسمع ، ويرجع في التفسير إليه كما لو أقر به عند القاضي .

وثانيهما : لا ، لأن البينة أن تبين .

قوله في « الروضـة » : وإذا أنكر المدعي عليه أن ما في هذا الكتـاب اسمه ونسبه ، فالقول قوله بيمينه وعلى المدعي البينة أنه اسمه ونسبه ، ولو قال : لا أحلف على أنه ليس اسمي ونسـبي ، ولكن أحلف على أنه لا يلزمني تسليم شيء إليه ، فـحكى الإمام والغـزالي عن الصيـدلاني : أنه يقبل منه الـيمين ، هكذا كما لو ادعى عليه فرض فأنكر وأراد أن يحلف على أنه لا يلزمه شيء فإنه يقبل ، واختـارا أنه لا يقبل وفَرّقا بأن مجرد الدعـوى ليس بحجة ، وهنا قامت بينة على المسمى بهذا الاسم ، وذلك بوجوب الحق عليه أن يثبت كونه المسمى . انتهى ما ذكره في هذه المسألة .

وقد بحث الرافـعي مع الغزالي والإمـام في تفرقتـهم بين الفرض وهذه المسألة بحثًا استفدنا منه أمورًا :

منهـا : أن الراجح من الوجهين مـا قاله الإمام والغزالي ، وقـد صرح بتصحيحه في « الشرح الصغير » فقال : إنه أظهر الوجهين .

ومنهـا : أنه إذا قال المـدعى عليه : لا يلزمني تسليم شـيء إليه وأراد الحلف عليه فيمكن منه ، وقد جزم به أيضًا في الشرح المذكور .

ومنهـا : أنه لا فرق بين مسألتنا وبين الفرض ، والعبـرة بالجوابْ فيهما

فإن أجاب فيهما بأنه لا يلزم تسليم شيء إليه كفاه الحلف فيهما عليه ، بخلاف ما إذا أجاب بأنه لم يقترض أو ليس ذلك اسمه ، لأن الحلف يكون على حسب الجواب ، وقد اختار القفال أيضًا في هذه المسألة ما اختاره الصيدلاني .

قوله : ولا يجوز الحكم على المدعى عليه إلا بعد سؤال المدعي في أصح الوجهين ذكره في « العدّة » . انتهى كلامه .

أطلق في « الروضة » تصحيحه .

قوله:وهل يجوز أن يكتب بعلم نفسه ليقضي الكاتب؟ قال في «العدة» : لا يجوز ، وإن جوزنا القضاء بالعلم ، لأنه إذا لم يحكم كالشاهد ، والشهادة لا تتأدى بالكتابة وفي « أمالي السرخسي » أنه يجوز [كالشاهد] (١) ، ولأن إخباره عن علمه إخبار عن قيام الحجة فليكن كإخباره عن قيام البينة . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » أيضًا ، وقد جزم في « البحر » بما قاله في «العدة » .

قوله : وإذا كتب بسماع البينة فليسم الشاهدين ، والأولى : أن يبحث عن حالهما وتعديلهما ، فإن أهل بلدهما أعرف بحالهما ، وإذا عدل فهل يجوز أن يترك اسم الشاهدين ؟ فلفظ « الكتاب » يُشعر بالمنع ، وقد صرح به في «الوسيط » ، وكذلك ذكره الإمام ، والقياس التجويز كما أنه إذا حكم استغنى عن تسمية الشهود ، وهذا هو المفهوم من إيراد صاحب « التهذيب » وغيره ، ويجوز أن يقدر فيه خلاف بناء على ما سيأتي أن كتاب القاضي بسماع البينة نقل للشهادة أم حكم بقيام البينة ؟ إن قلنا : نقل ، فلابد من التسمية كشاهد الفرع مع الأصل . انتهى كلامه .

وهو يقتضي أنه لم يقف في المسألة على التصريح بالخلاف المذكور وقد

---

(١) سقط من ب .

صرح به الروياني في « البحر » ، وقال : التجويز ضعيف .

قوله : فإن استمهل ليفهم بينة الجرح أمهل ثلاثة أيام ، فإنها مدة يسيرة لا يعظم ضرر المدعي بتأخير الحكم فيها ، وبالمدعى عليه خاصة إلى مثلها لاستحضار البينة ، هكذا ذكره الأصحاب على طبقاتهم ، وكذا لو قال : أبرأتني ، أو قضيت بالحق ، واستمهل ليقيم البينة عليه . انتهى كلامه .

وما نقله عن اتفاق الأصحاب من الإمهال ثلاثًا ليس كذلك ، فقد جزم الماوردي أن الحاكم يجتهد برأيه فيما دون الثلاثة بحسب الحال وعِظَمِ البلد وصغره وأشار إليه في « البحر » أيضًا فقال : أمهل مدة قريبة .

قوله : ولو قال : أمهلوني حتى أذهب إلى بلدهم فأخرجهم فإني لا أتمكن من خروجه إلا هناك ، أو قال : لي بينة أخرى دافعة هناك ، لم يُجب إليه بل يؤخذ الحق منه . انتهى .

تابعه في « الروضة » على إطلاق عدم الإمهال ، ويظهر أن يكون محله في ما إذا كان ذلك يتوقف على أكثر من ثلاثة أيام ، وكلام الروياني يدل عليه ويحتمل المنع مطلقًا سدًا للباب .

قوله : وفي « العدة » : أنه لو سأل المحكوم عليه إحلاف الخصم على أنه لا عداوة بينه وبين الشهود جاز . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » ، وقد جزم الماوردي والروياني بعكسه .

قوله نقلاً عنها أيضًا : وأنه لو ادعى قضاء الدَّين وسأل إحلافه أنه لم يستوفه ، لم يحلف لأن الكاتب أحلفه ، وذكر البغوي في مثله في دعوى الإبراء ، أنه يحلفه أنه لم يبره فحصل وجهان . انتهى كلامه .

واعلم أن ما نقله الرافعي من عدم التحليف عند دعوى الإقباض محله إذا ادعى ذلك قبل الحكم ، أما إذا ادعى أنه أقبضه بعد حكم الحاكم ، فإنه

يحلفه بلا شك ؛ لأن الحاكم لم يحلفه عليه ، إذ التحليف إنما كان على عدم القضاء إلى حالة الحكم ، وهذا مع وضوحه يؤخذ من التعليل الذي ذكره الرافعي .

وإذا تقرر ذلك ، فإذا ادعى الإقباض وأطلق حلف أيضًا لاحتمال الإقباض في الحالة المذكورة ، وهذا كله مع الإمكان .

أما إذا لم يمكن كما إذا ادعى إقباضه إياه وكان أحدهما ملازمًا للقاضي إلى تلك الحالة ، فإنه لا يحلف .

فتلخص أنه يحلف لدعوى الإقباض عند الإمكان جزمًا ، وأنه لا يحلف عند عدم إمكانه ، وعليه يحمل ما نقله الرافعي عن « العدة »، ولا شك أن الإبراء ممكن في كل وقت لاستقلال الشخص به، وحينئذ فيحلف في الحالة التى يستحيل فيها الإقباض ،فكذلك جزم به البغوي ،فتلخص أن المذكورين لم يتواردا على محل واحد فليست المسألتان على وجهين .

قوله : فإذا نادى قاض من طرف ولايته قاضيًا آخر في طرف ولايته : أني سمعت البينة بكذا ، أو جوزنا قاضيين في بلد فقال ذلك قاض لقاض هل للمقول له الحكم بذلك ؟ بنى الإمام والغزالي ذلك على أن سماع البينة وإنهاء الحال إلى قاض آخر هل هو نقل لشهادة الشهود كنقل الفروع شهادة الأصول أو حكم بقيامٍ البينة ؟ وفيه جوابان :

وجه الأول : أنه لو كان حكمًا ، لم يفتقر إلى تسمية الشهود .

ووجه الثاني : أنه لو كان نقلاً ، لم يكف ناقل واحد وقد اكتفينا بالقاضي المنهي .

فعلى الأول : لا يجوز للمقول له الحكم كما لا يجوز الحكم بشهادة الفروع مع خصوم الأصول ، وعلى الثاني ، يجوز كما في الحكم ، وهذا أظهر عند الإمام والمصنف ، لكن عامة الأصحاب منعوه . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحـدهمـا : أن ما نقله عن الغزالي من ترجيح الجـواز قد تابعه عليه في «الروضة » وليس كذلك ، بل ذهب الغـزالي في « البسيط » و « الوسيط » إلى منع الحكم ، وعبّر في « الوسيط » بقوله : إنه أظهر الوجهين ، والذي أوقع الرافعي في ذلك إيهام وقع في « الوجيز » ، فإنه لما حكى الوجهين في الجواز وبناهما على أنه هل [هو] (١) حكم أم لا ؟ قال : الأظهر أنه حكم.

ولم يصحح في المبنى شيئًـا ، وكأنه لم يرض البناء أو صحح في المبنى خلاف المبنى عليه ، وكثيراً ما يفعلون ذلك .

وحينئذ فلا يكون « الوجيز » مـخالفًا للكتابين المذكورين ، ولا شك أن الرافعي لم يَطَّلع هنا على الكتابين المذكورين، إذ لو اطلع لم يترك التصحيح المصرح به إلى ما هو محتمل ،بل كان يحمل المحتمل على ما لا يحتمل .

الأمـر الثـاني : أن ما اقتضاه كلام الرافـعي من الجزم بأنه لابد من تسمية الشهـود غريب ، فإنه ذكر المسـألة قبل هذا بدون الصفحـة ، ونقل وجوب التسـمية عن الإمـام والغزالي ، ثم قال : والقـياس وهو المفهـوم من كلام البغوي : عدم الاشتراط .

قوله : [الثالث] (٢): إذا حضر قاضي بلد الغائب إلى بلد القاضي الذي حكم فأخـبره ، فهل يُمضـيه إذا عاد إلى محل ولايتـه ؟ إن قلنا : إن القاضي يقـضي بعلم نفـسه : أمـضاه ، وإن قلـنا : لا ، فعن بعـضـهم تجويزه أيضًـا ، والأصح : أنه لا يجوز . انتهى كلامه .

وما ذكره من حكاية خلاف في الجواز إذا منعنا القضاء بالعلم لا وجه له ولا يعلم أيضًا من حكاه ، بل الذي وقفنا عليه في كتبهم إنما هو الجزم بالمنع

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

والذي أوقعه في ذلك إنما هو إيهام وقع في كلام «الوسيط» ، فإنه عبّر بقوله: وإن لم نجوز القضاء بالعلم ، فقد أطلق بعض الأصحاب جوازه ، وقال الإمام : لا نجوز ، ومراده بذلك أن بعض الأصحاب أطلق جوازه من غير تقييد بجواز القضاء بالعلم ، والإمام نزل هذا المطلق على ما إذا جوزنا القضاء بالعلم . هذا معنى كلامه .

ويؤيده أن أصول « الوسيط » كلها وهي « تعليقة القاضي الحسين » و « النهاية » و « الوسيط » ذكروه كذلك ، ولم يحك أحد منهم خلافًا ، وقد تقدم في الخطبة أن أصول « الوسيط » أربعة : هذه الثلاثة و«الإبانة » للفوراني ، ولم يتعرض لها الفوراني بالكلية .

قوله : فرع : في « الوسيط » أن القاضي إذا حكم بالحق وشافه به واليًا غير قاضي ليستوفي فله أن يستوفي في محل ولاية القاضي، وكذا خارجه على الصحيح ؛ لأن سماع الوالي مشافهة كشهادة الشهود عند القاضي . انتهى كلامه .

وهذا الفرع قد ذكره الإمام في « النهاية » ، فأخذه منه الغزالي ناقلاً له على غير وجهه فقلده فيه الرافعي ، ثم إن النووي تبع الرافعي عليه وزاد فلم يسنده إلى الغزالي بالكلية فزاد الأمر فسادًا ، فإن الإمام في « النهاية » قد قال في أثناء باب مكاتبة القاضي إلى القاضي ما نصه : فلو كتب إلى ذي ولايته وليس إليه القضاء ، فلا يملك أيضًا استيفاء الحق من حيث إنه لا يتواصل إلا بسماع الشهادة ، وسماعها من منصب القضاء كما تقدم ، فلو وقف القاضي شرقي بغداد على طرف ولايته ونادى والي الغربي وليس قاضيًا : بأني قضيت على فلان ببينة أو إقرار فاستوف ذلك الحق منه ، فالوجه عندنا : أنه لا يستوفي أيضًا ، فإنه ليس إليه سماع قول القاضي كما ليس إليه سماع شهادة الشهود ، ويتجه أن يستوفيه من جهة أن القضاة قد يستعينون بالولاة وينقدح في ذلك فرق : فإن القاضي إذا استعان بالولاة الذين في محل ولايته يتحتم على الولاة طاعتهم ، لأن حكمه نافذ عليهم،

وإذا كانت الولاة في غير ولايته فلا حكم له عليهم وإنما هو سماع وإبلاغ ، وذلك الوالي ليس من أهل السماع . هذا كلامه .

وقد تلخص منه : أن المتجه عنده أنه لا يستوفيه الوالي الخارج عن ولايته ، ثم بعد ذلك بين أن مقابله له وجه في الجملة ، فقال : ويتجه أن يستوفيه، ثم إنه ضعف التوجيه المذكور بما أبداه من الفرق .

إذا علمت ذلك فلنذكر أيضًا عبارة « الوسيط » فإنها شارحة لما نقله عند الرافعي ودافعة لتوهم صحة ما قاله بعض الشارحين من أن الغزالي فرض المسألة في صورة غير [الصورة] [(١)] التي فرضها الإمام وموضحة لما ذكرنا من نقل كلام الإمام على غير وجهه ، فنقول : قال الغزالي ما نصه : فإن شافهه الوالي جاز له الاستيفاء في بلدة هي من ولاية القاضي ، فإن كانت خارجة عن ولايته ففي وجوب استيفائه نظر ؛ لأنه لا ولاية له على تلك البقعة ، ولكن الصحيح وجوبه ، ثم قال : أما المشافهة فهو أقوى لكن بشرط أن يكون كل واحد منهما في محل ولايته ، بأن يكونا قاضيي بلدة واحدة على العموم ، أو شقي بلدة فيتناديان من الطرفين . هذه عبارته .

وهو ما نقله عنه الرافعي ، ولا شك أن الرافعي لم يطلع هنا على كلام «النهاية » ، إذ لو اطلع لم يقتصر على كلام « الوسيط » لا سيما مع مخالفته ، وقد تلخص أن كلام « الوسيط » فيه هذه الوقفة ، وكلام « النهاية» سالم عن الريبة ومتجه من جهة المعنى فليؤخذ به ، وقد أطلق في «الروضة» تصحيح ما قاله الغزالي ولم يسنده إليه ، وبالغ فعبر بالصحيح لا بالأصح ، فوقع في خللين :

أحدهما : إيهامه أن المسألة فيها وجهان للأصحاب ، مع أنه ليس فيها إلا احتمالان للإمام ، والغزالي حكى في « البسيط » احتمالين من غير تصريح

---

(١) سقط من أ .

بترجيح ، ثم إنه لخص ذلك في « الوسيط » ، ورجح أيضًا فقال : ففي وجوب استيفائه نظر ، لأنه لا ولاية له على تلك البقعة ، ولكن الصحيح وجوبه لأن سماع الوالي بالمشافهة كسماع قاض آخر شهادة الشهود ، هذه عبارة «الوسيط » .

فعبر الرافعي بالصحيح كما عبر الغزالي وليس لهما فيه اصطلاح ، فقد يكون ذلك من وجهين وقد يكون من احتمالين في المسألة ، فأطلق النووي التصحيح ولم يعزه إلى الغزالي مع كونه قد اصطلح على ما اصطلح فلزم ما ذكرناه من الخلل .

الثاني : إيهامه أن هذا الترجيح ـ المنقول عن الغزالي المشتمل على ما ذكرناه من احتمال الغلط ـ من الأحكام المشهورة في المذهب المقررة بين أهل المسألة عندهم ، وأن الخلاف فيها ضعيف .

قوله : قال ـ يعني في « الوسيط » ـ :ولا يكاتب القاضي وليًا غير قاضي؛ لأن الكتاب إنما يثبت بشهادة الشهود،ومنصب سماع البينة يختص بالقضاة .

نعم إن كان الوالي صالحًا للقضاء وجعل له النظر فيه بنفسه وفي تقليده من يراه فيجوز مكاتبته ، نص عليه في « المختصر » . انتهى كلامه .

وما ذكره من الجزم بأن سماع البينة يختص بالقضاة قد تابعه عليه في «الروضة » أيضًا ، ثم صحح بعد ذلك من « زوائده » خلافه ذكر ذلك قُبيل الباب الرابع في الشاهد واليمين وسأذكر لفظه هناك ،وقد صرح بالمسألة بخصوصها جماعة منهم الماوردي في «الحاوي» والروياني في « البحر » والفوراني في « الإبانة » ولنذكر لفظ الماوردي فإنه أبسط ، فقال : يجوز أن يكتب إلى أمير البلد بما حكم به ،ويجوز أن يكتب أيضًا إلى قاضيها ، فإن كتب برفع يد عن عين : فالأمير أولى ، وإن كتب باستيفاء دين فالقاضي : أولى لأن القاضي بإلزام الحقوق أخص ، قال : ولا فرق في هذين القسمين

بين أن تكون بلد الأمير داخلة في ولاية القاضي أم لا ، ثم قال بعد ذلك بنحو كراس : مسألة : قال الشافعي ﷺ : وكتاب القاضي إلى الخليفة والخليفة للقاضي والقاضي للأمير والأمير للقاضي إذا تعلقت بأحكام وحقوق لا تثبت إلا بالشهادة بالتحري والأداء ، فأما كتبهم في الأوامر والنواهي، والكتب إليهم في الأعمال والأقوال فمقبولة على ما جرت به العادة في أمثالهم من ختمها وإرسال الثقات بها، لأن الهيبة [لا تمنع] (١) من التزوير فيها ، وما زور منها يظهر والاستدراك فيها ممكن ، انتهى موضع الحاجة من كلامه .

قوله : وإذا ادعى بعين غائبة يؤمن الاشتباه فيها كالعقار والعبد والفرس المعروفين ، فالقاضي يسمع البينة ويحكم ويكتب إلى قاضي بلد المال ليسلمه إلى المدعي ، وإن لم يؤمن فيها الاشتباه فهل يسمع البينة على عينها وهي غائبة ؟ فيه قولان :

أحدهما : لا ، وبه قال المزني ورجحه طائفة من الأصحاب منهم أبو الفرج الزاز .

والثاني : نعم ، وهو اختيار الكرابيسي والإصطخري ، ورجحه ابن القاص وأبو علي الطبري ، وأجاب به القفال في « فتاويه » . انتهى .

والمرجح هو السماع ، فقد قال الرافعي في « المحرر » : إنه أقرب الوجهين ، وفي « الشرح الصغير » : إنه أرجحهما ، وصححه النووي في «الروضة » بعد هذا بقليل ولم ينبه على أنه من « زوائده » بل أدخله في كلام الرافعي فتفطن له .

قوله : ثم إن كان الكتاب بسماع البينة فقط انتزع المكتوب إليه المال وبعثه إلى الكاتب ليشهد الشهود على عينه ، وفي طريقه قولان :

أشهرهما : يسلمه إلى المدعي ويأخذ منه كفيلاً ببدنه ، وتختم العين عند

(١) في ب : تمنع .

تسليمها بختم لازم ، ثم قال : وأخذ الكفيل ختم والختم ليس بحتم ، كذلك حكى المتلقي عن أبي بكر الأرغياني الإمام . انتهى .

وهذه المسألة قد ذكرها الغزالي وجزم أن الختم احتياطًا ، وحكى في وجوب أخذ الكفيل وجهين ، وجزم في « الروضة » بما قاله الأرغياني ولم يعزها إليه ، وما ذكرته من التعبير بالأرغياني وقع كذلك في بعض نسخ الرافعي ، وفي بعضها التعبير بالريحاني ، وقد سبق إيضاح ذلك في الكلام على الأسماء فراجعه .

قوله : فلو كانت جارية فثلاثة أوجه :

أحدها : أنها كالعبد .

والثاني : لا تبعث أصلاً .

والثالث : تُسلّم إلى الأمين في الرفقة لا إلى المدعي،وهذا حسن . انتهى .

قال في « الروضة » : هذا الثالث هو الصحيح أوالصواب .

قوله : الحالة الثانية إذا كانت العين غائبة عن مجلس الحكم والخصم حاضر فيؤمر بإحضارها ليقيم البينة على عينها ولا تسمع الشهادة على الصفة ، هذا هو الجواب في « فتاوى القفال» تشبيهًا بما إذا كان المدعى عليه حاضراً في البلد لا تسمع الشهادة وهو غائب عن مجلس الحكم .

واعلم أن في هذه الصورة المشبهة بها خلافًا سيأتي من بعد ، ويشبه أن يجيء ذلك الخلاف هنا أيضًا ، فإن جاء انتظم أن يرتب فيقال : إن لم يسمع البينة على الغائبة فعلى الحاضرة أولى وإلا فوجهان : انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على هذا البحث وهو يقتضي أنهما لم يقفا في ذلك على نقل ، وقد صرح الإمام بأن ذلك الخلاف لا يجري هنا وفرق .

قوله : في أصل « الروضة » : ثم قال العراقيون والبغوي وغيرهم : إذا

نقل المال المدعى إلى بلد القاضي [الكاتب] [1]ولم يثبت كونه له لزم المدعي مع مؤنة الرد أجرة المثل لمدة الحيلولة ، ولم يتعرضوا لذلك في مدة تعطل المنفعة إذا أحضره المدعى عليه وهو في البلد ، فاقتضى سكوتهم المسامحة ، وقد صرح بهذا الاقتضاء الغزالي ، والفرق بين الحالين : زيادة الضرر هناك . انتهى كلامه .

وهو يوهم أن الغزالي فصل بين إحضاره من البلد أو من بلد آخر ، وليس كذلك فاعلمه ، بل أطلق الغزالي أن الأجرة لا تجب ، حتى استدرك عليه الرافعي ، فقال : ينبغي أن تحمل على الغائب عن المجلس دون البلد حتى يوافق كلام الأصحاب .

قوله : ومتى كان للمطلوب عذر مانع من الحضور لم يكلفه ، بل يبعث إليه من يحكم بينه وبين خصمه ، أو يأمره بنصب وكيل ليخاصم عنه ، فإن دعت الحاجة إلى تحليفه بعث إليه من يحلفه ، والعذر كالمرض وحبس الظالم والمنع منه . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على إطلاقه ، ويظهر أن يكون محله في ما إذا لم يكن معروف النسب أو لم يكن عليه بينة ، فإن كان معروفًا ، وعليه بينة تسمع الدعوى عليه والبينة وحكم ، لأن المرض كالغيبة في سماع شهادة الفرع فكذا في الحكم عليه ، وقد صرح بذلك البغوي .

قوله : فإن لم يكن في البلد ، نظر إن غاب إلى مسافة بعيدة جاز ويحكم عليه وفي البعيدة وجهان :

أحدهما : مسافة القصر .

وأرجحهما على ما ذكره صاحب « الكتاب » : ما فوق مسافة العدوى ومسافة العدوى هي التي يمكن المبكر إليها من الرجوع إلى مسكنه ليلاً . انتهى .

---

(١) سقط من ب .

والراجح : هو الثاني ، فقد أطلق في « المحرر » و « الشرح الصغير » : أنه أرجح الوجهين ، ولم ينقله عن الغزالي كما فعل في « الكبير » ، وصححه أيضًا النووي في « المنهاج » و « أصل الروضة » .

قوله : وإن لم يكن في مكان المطلوب نائب فثلاثة أوجه :

أحدها وبه أجاب أصحابنا العراقيون : أنه يحضره قربت المسافة أو بعدت .

والثاني : إن كان على دون مسافة القصر فيحضره وإلا فلا .

والثالث : إن كان على مسافة العدوى أحضره ، وإن زادت فلا ، وهذا أظهر عند الإمام ، وهو الذي أورده في « الكتاب » . انتهى .

وهذا الكلام مقتضاه رجحان الأول ، لكن كلام « المحرر » مقتضاه رجحان الثالث فإنه قال ما نصه : والذي رجح أنه إن كان على مسافة العدوى فيحضره فإن زادت فلا ، وكلام « الشرح الصغير » يقتضي رجحانه أيضًا ، وعبَّر في « المنهاج » : بالأصح ، وأبقى [كلام الرافعي] [(١)] في «الروضة» على ماهو عليه .

قوله : والمرأة المخدرة هل تكلف حضور مجلس الحكم ؟ فيه وجهان :

أحدهما ـ ويحكى عن القفال : نعم ، كسائر الناس .

ثم قال : وأظهرهما وبه قال أبو حنيفة : لا تكلف كالمريض ، وسبيل القاضي في حقها كما سبق في المريض ، واستشهدوا لهذا الوجه بقوله ﷺ في قصة العسيف :« واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها »[(٢)] بعث إليها ولم يحضرها . انتهى كلامه .

---

(١) سقط من أ .

(٢) أخرجه البخاري (٢٥٧٥) ومسلم (١٦٩٧) من حديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني ﷺ .

وقد سبق في المريض ونحوه أن القاضي يبعث إليه بسماع الدعوى والتحليف .

إذا علمت ذلك ففيه أمور :

أحدها : أن عدم إخراج المخدرة للتحليف محله إذا لم يكن في اليمين تغليظ بالمكان ، فإن كان فالأصح في « الروضة » : إخراجها ، كذا ذكره في كتاب الدعاوي في الباب الثالث المعقود لليمين، وكلام الرافعي هناك يُشعر برجحانه غير أنه لم يصرح به .

الأمر الثاني : أن إرسال أنيس ﷺ قد اختلف فيه كلام الرافعي ـ رحمه الله ـ اختلافًا عجيبًا على ثلاثة أوجه :

فجعله في كتاب الوكالة : وكيلاً ، فقال : ويجوز التوكيل في استيفاء حدود الله تعالى لقوله : « **واغد يا أنيس** » وذكر الحديث .

وجعله في كتاب اللعان : معرفًا لها ومخبرًا بأنها زنت ، فقال في أثناء قوله : فروع مفرقة ما نصه : قال العلماء : وإنما بعث أنيسًا ليخبرها بأن الرجل قذفها ثانية لا ليفحص عن زناها .

وجعله في هذا الباب : قاضيًا ، وقد علمت لفظه ، ولم يذكر في «الروضة» شيئًا من هذه المواضع ، وقد نص الشافعي ـ رحمه الله في « الأم » على المسألة ، فقال بعد نحو أربعة أوراق من باب اللعان ما نصه : وإنما سأل المقذوف ، والله أعلم للحد الذي يقع لها إن لم تقر بالزنا ، ولم يلتعن الزوج هذا لفظه بحروفه ومن « الأم » نقلته .

وهذا الباب هو بعد باب الخلاف في خيار الأمة .

الثالث : أن هذا الكلام يقتضي سماع الدعوى في حدود الله تعالى، والمسألة قد اضطرب فيها كلامه وكلام « الروضة » أيضًا ، وستعرفه واضحًا

في كتاب الشهادات إن شاء الله تعالى .

قوله : وأما ما لا يتعين له مالك ، وحصل اليأس من معرفته ، فذكر بعضهم أن للقاضي أن يبيعه ويصرف ثمنه إلى المصالح ، وأن له حفظه ، قال في «الروضة» : وقد قاله جماعة ولا يعرف خلافه . انتهى .

وقريب من هذه المسألة ما إذا كان عنده مال لشخص وغاب المالك وانقطع خبره ، فإنه يدفعه إلى قاض يثق به ، فإن تعذر تصدق به على الفقراء بنية الغرامة له إن وجده ، كذا نقله الرافعي في كتاب الشهادات عن العبادي والغزالي في غير الكتب الفقهية .

الباب الرابع : في القسمة

قوله : ويشترط في القاسم أن يكون عالمًا بالمساحة والحساب ، وحكى أبو الفرج الزاز وجهين في أنه هل يشترط أن يحسن التقويم لأن في أنواع القسمة ما يحتاج إليه؟ . انتهى كلامه .

والراجح منهما : عدم الاشتراط ، فقد جزم باستحبابه القاضي البندنيجي والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهم ، وحينئذ فإن لم يكن عارفًا سأل من عدلين عن قيمة ما يقسمه إذا احتاج إليه ، وسكت في « الشرح الصغير » و « المحرر » عن عدِّه من جملة الشروط ، فدل على عدم اشتراطه .

قوله : ولا يشترط في منصوب الشركاء العدالة والحرية ، فإنه وكيل من جهتهم كذلك أطلقوه ، وينبغي أن يكون العبد في القسمة على الخلاف في توكيله في البيع والشراء . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على هذا البحث وفيه أمران :

أحدهما : أن الخلاف المذكور محله في ما إذا كان التوكيل بغير إذن السيد، كذا ذكره الرافعي في باب معاملات العبيد ، وحينئذ فلا يحسن في تقرير هذا البحث نصب الخلاف في اشتراطه الحرية ، فإنها لا تشترط جزمًا، بل الصواب نصبه في الافتقار إلى إذن السيد .

الأمر الثاني : أن الرافعي علل هناك عدم الجواز بتعلق العهدة بالعبد ، والظاهر : أن ذلك المعنى لا يأتي هنا .

قوله : ولو حكم الشركاء رجلاً ليقسم بينهم ، قال أصحابنا العراقيون : هو على القولين في التحكيم ، إن جوزناه فالذي حكموه كمنصوب القاضي . انتهى كلامه .

سكت هو و « النووي » عما إذا لم نجوز التحكيم ، والحكم فيه : أنه لا يبطل بل يصح ويكون وكيلاً ، حتى لا تشترط فيه العدالة ، كذا ذكره في «الشرح الصغير » ، ويظهر أنه كان هكذا في « الكبير » ، ولكن سقط ذلك من النسخ .

قوله : ويجب على الإمام أن يرزق قاسمًا من سهم المصالح ، فإن لم يكن فيها فضل فلا يتعين قاسمًا لئلا يغالي في الأجرة ، ولئلا يواطئه بعضهم فيحيف ، بل يدع الناس ليستأجروا من شاؤوا . انتهى كلامه .

لم يبين هل المنع من التعيين على جهة التحريم أم لا؟ وقد اختلفوا فيه : فقال القاضي الحسين : إنه حرام ، وقال الفوراني : إنه مكروه .

قوله : ولو استأجروا قاسمًا وسمى كل واحد أجرة التزمها ، فله على كل واحد ما التزم ، هذا إذا استأجروا جميعًا ، بأن قالوا : استأجرناك لتقسم بيننا كذا بدينار على فلان وبدينارين على فلان مثلاً ، أو وكلوا وكيلاً عقد لهم كذلك .

فلو استأجروا في عقود مرتبة فعقد واحد لإقرار نصيبه ، ثم الثاني كذلك، ثم الثالث ، فقد جوزه القاضي حسين ، وأنكره الإمام وقال : هذا بناء على أنه يجوز استقلال بعض الشركاء باستئجار القاسم لإقرار نصيبه ، ولا سبيل إليه لأن إقرار نصيبه لا يمكن إلا بالتصرف في نصيب الآخرين ترددًا وتقديرًا، ولا سبيل إليه إلا برضاهم ، لكن يجوز انفراد أحدهم برضى الباقين ، فيكون أصيلاً ووكيلاً ولا حاجة إلى عقد الباقين . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الروضة » أيضًا وفيه أمور :

أحدها : أن التصور الأول قد ذكره القاضي أبو الطيب ، وغيره ومعناه : أن كل واحد يعقد بنفسه خاصة ، ويسمى ما عليه، إلا أن لفظ الجميع وقع دفعة واحدة ، وليس المراد أن كل واحد يعقد لنفسه ولغيره، وإلا جاء المحذور الآتي بعد هذا من كونه ليس وكيلاً .

الأمر الثـاني : أن ما ذكره الإمام من المنع محله في غير صورة الإخبار ، كذا صَرّح هو به في « النهاية » .

الأمـر الثـالث : أن المعروف هو ما قاله القـاضي حسين ، وقد لخص في «الكفاية » بعـضه ، فقـال : ولو استأجـر كل واحد منهم القاسم في حـقه خاصة دون شركائه ، قال الماوردي والبندنيجي وابن الصباغ وغيرهم : جاز بلا خلاف عندنا وعليه نص الشافعي . هذا كلامه ، ثم ذكـر عقيبه ما قاله الإمام وأن الغزالي تبعه عليه .

قوله : فـلا يُكسر جوهر نفـيس ، ولا يُقطع ثوب رفيع ، ولا يُقـسم زوجا خف ، أو مصراعا باب إن طلبـه أحدهما ، فإن تراضيا بقسـمته وطلبوها من القاضي ، فإن بطلت المنفعة بالكلية لم يجبهم ويمنعهم أن يقتسموها بأنفسهم لأنه سفه ، وإن نقصت كَسَيْـف يكسر لم يجبهم في الأصح ، لكن لا يمنعهم أن يباشروا القسمة . انتهى كلامه .

وما ذكره هنا من امتناع ذلك على القاضي وأنه لا يمنعهم ، وتابعه عليه في « الروضة » أيضًا قد ذكر مثله في كتاب الصلح في قسمة الجدار طولاً ، قال : لا يجيبـهما إليه ؛ لأنه إتلاف ولكنهما يباشرانه بأنـفسهما إن أرادا ، كما لو هدما الجدار واقتسما نقضه ، والذي ذكروه مشكل ، لأنه إن لم يكن حرامًا : يمتنع على القاضي ذلك ، وإن كـان حرامًا : فليس له التمكين منه ويتفرع على ما ذكره فرعان فيهما نظر :

أحدهما : لو كان القاضي أحد الشريكين .

والثاني : لو فوضا القسمة إلى ثالث فهل يكون كالقاضي أم لا ؟ وهذه المسألة قد تكلموا أيضًا فيها في البيـع فينبغي هناك استحضار ما ذكروه هاهنا فيها .

قوله في « الروضة » : وإذا لم يكن في القسمة تقويم كفى قاسم واحد على المذهب ، وقيل : قولان : ثانيهما : يشترط اثنان . انتهى كلامه .

وما ذكره من تصحيح طريقة القطع ، قد خالفه في « المنهاج » فجزم بطريقة القولين .

اعلم أن ما في « الروضة » مخالف لكلام الرافعي فإن حاصل المذكور فيه : إنما هو ترجيح طريقة القولين ، فإنه قد قال : وإذا لم يكن في القسمة تقويم فيكفي قاسم واحد أم لابد من اثنين ؟ فيه قولان ، ووجّها بأن منصب القاسم منصب الحاكم أو منصب الشاهد ؟ والأصح : الأول ، ولم يجب المعظم إلا به وقطع به قاطعون . هذا لفظه .

فتوهم النووي أنه أراد بقوله : أن المعظم أجابوا به حكاية الطريقة القاطعة وهو كثيرًا ما يتوهم ذلك ، ويدفعه هنا حكايته بعد ذلك لطريقة القطع وجزمه أولاً بحكاية قولين ؛ ولهذا جزم في « المحرر » بذلك وصححه في «الشرح الصغير » فقال بعد حكاية القولين : والأصح الأول ، وقطع به بعضهم .

قوله : وقول « الوجيز » : وإن كانت بالإخبار فهل يشترط العدد في القاسم ؟ فيه قولان ، يجوز أن يعلم لفظ القولين بالواو لقطع من قطع بالاكتفاء بواحد ، وتخصيص القولين بقسمة الإخبار لم يتعرض له في «الوسيط » بل أطلقها ، وكذلك فعل الروياني ، فيمكن أن يقال : أشار بهذا التقييد إلى أن الشركاء لو فوضوا القسمة إلى واحد بالتراضي جاز لا محالة، لأنه وكيل من قبلهم . انتهى كلامه .

وفيه أمران :

أحدهما : أن مقتضاه أنه لم يقف في ما أفهمه كلام الغزالي على نقل، وقد صرح بذلك الماوردي في « الحاوي » والروياني وغيرهما ، وقالوا : إنه

يكفي فيه الواحد بلا خلاف ، وسأذكر لك لفظ الروياني عقب هذا .

وقد جزم في « الروضة » بما فهمه الرافعي [فجزم به نقلاً .

الأمر الثاني : أن ما ذكره من كون الروياني أيضًا قد أطلق ذلك ولم يقيده ، قد تابعه عليه أيضًا في « الروضة »] [1] وهو عجيب ، فقد صرح الروياني في « البحر » بالتقييد المذكور فقال : فأما العدد ، فإن تراضوا فالعدد على ما اتفقوا عليه من واحد أو اثنين .

ثم قال : وإن أمر الحاكم بالقسمة ولم يكن فيها تعديل ولا تقويم فقولان . هذا كلامه .

وزاد على ذلك فحكى قبله بقليل أن ذلك جائز ، وإن كان القاسم عبدًا أو فاسقًا ، وكلامه في « الحلية » يشعر أيضًا بما صرح به في « البحر » ، وكأن الرافعي اقتصر هنا على « الحلية » غير متأمل له أيضًا .

قوله في « الروضة » : ثم إن استأجر الشركاء قاسمًا وسموا له أجرة وأطلقوا ، فتلك الأجرة توزع على قدر الحصص على المذهب ، وقيل : قولان : ثانيهما : على عدد الرؤوس . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن الرافعي لم يصحح شيئًا من الطريقين بالكلية لا في «الكبير» ولا في « الصغير » ، وجزم في « المحرر » بطريقة القولين ، وتبعه عليه في « المنهاج » .

الثاني : أن تصحيحه لطريقه القطع مناقض لما جزم به في «المنهاج» كما ذكرناه .

قوله : وإذا كان لواحد النصف وللثاني الثلث وللثالث السدس ، فيجري القاسم المقسوم على أقل السهام وهو السدس ، فيجعله ستة أجزاء في ست

---

(١) سقط من ب .

رقاع ويخرجها على الأسماء ، فإذا بدأ باسم صاحب النصف فإن خرج الأول باسمه فله الأول والثاني والثالث ، فإن خرج الثاني فكذلك ، فيعطي معه ما قبله وما بعده . انتهى .

وما ذكره من أنه يعطي مع الثاني ما قبله وما بعده ، تابعه عليه في «الروضة» وهو تحكم ، فلم لا أعطي السهمان مما بعده ويتعين الأول لصاحب السدس والثاني لصاحب الثلث ،وقد ذكر الرافعي نظير هذا في أمثلة ، أو يقال : لا يتعين هذا بل يتبع نظر القاسم ، كما قاله الرافعي أيضًا في نظائر لهذا،إلا أن يقال : إذا علمنا الطريق الأول أخذ الجميع بالقسمة .

قوله : فإن خرج الثالث له ـ أي لصاحب النصف ـ ففي « شرح مختصر الجويني » : أنه يتوقف فيه ويخرج لصاحب الثلث ، فإن خرج الأول أو الثاني فله الأول والثاني ولصاحب النصف الثالث والرابع والخامس ويتعين السادس لصاحب السدس ، وإن خرج الخامس ـ أي لصاحب ـ الثلث فله الخامس والسادس ، ثم أهمل باقي الصور ، وكان يجوز أن يقال : إذا خرج لصاحب النصف الثالث فهو له مع الذين قبله .

وإن خرج الرابع : فهو له مع الذين قبله ، ويتعين الأول لصاحب السدس، وإن خرج الخامس : فهو له مع الذين قبله ، ويتعين السادس لصاحب السدس، وإن خرج السادس : فهو له مع الذين قبله ، وإذا أخذ صاحب النصف حقه ولم يتعين حق الأخيرين أخرج رقعة أخرى باسم أحدهما فلا يقع تفريق . انتهى كلامه .

وما ذكره الرافعي تفقهًا على ما قاله الشارح المذكور عند خروج الثالث لصاحب النصف وفي ما سكت عنه وهو باقي الاحتمالات ، قد تابعه عليه أيضًا في « الروضة » وهو عجيب ، وتحكم بغير دليل ، فإنه ذكر في ما إذا خرج الثالث لصاحب النصف : أنه له مع السهمين قبله فيقال له : .

لم لا قلت : أنه يعطي سهمًا قبله وسـهمًا بعده ويتعين الأول لصاحب السدس والأخيران لصاحب الثلث ،أو يعطي مع الثالث سهمين بعده ويتعين الأخيـر لصاحب السدس والأولان لصـاحب الثلث ؟ فإن قـيل : يراعى ما يمكن معه القرعة في الجميع وقدمه على ما يتعين بحسب الواقع .

قلنا : قد سلك عـكس ذلك عند خروج الخامس كـما سيـأتي ، وذكر أيضًـا أنه إذا خـرج الرابع له ـ أي : لصـاحب الـنصف ـ أنه يعطي مـعـه السهـمان قـبله ، وأن الأول يتعين لـصاحب السـدس والأخيران لصـاحب الثلث، وإن كان الرافعي لم يصرح بهما ـ أي بالأخيرين ـ ، لكن علم ذلك من انحصاره بالواقع .

إذا علمت ذلك فـيقال أيضًـا للرافعي في هذا القـسم : لم لا عكست فـجعلت له مع الرابع سـهـمين قبله ، ويـنـحصـر الأول لصاحب السـدس والأخيـران لصاحب الثلث ؟ أو جـعلت له مع الرابع سهـمًا قـبله وسهـمًا بعده، ويتعين السادس أيضًا لصاحب السدس والأولان لصاحب الثلث؟ .

وذكر أيضًا أنه إذا أخرج الخـامس له أي لصاحب النصف أنه يعطي معه سهمان قبله ويتعين السادس لصاحب السدس ـ أي ويتعين الأولان لصاحب الثلث ـ وسكت عنه لما ذكرناه .

فيقال له : لم لا أعطيت مـع الخامس سهمًا قبله وسهـمًا بعده ثم يقرع بين صاحب السـدس والثلث ؟ لاسيمـا وهذا الطريق يؤدي إلى الإقراع بين الكل بخلاف ما ذكره هو ، وهو إعطاء السهـمين قبل الخامس فإنا لا نعمل معه بالقرعة كما سبق .

والذي ذكره هنا عكس ما ذكره عند خروج الثالث ، فإنه سلك هناك ما يفضي إلى القرعة وترك الطريق المفضية للتعيين من غير قرعة .

قـوله : ويمكن أن يبـدأ بصاحـب الثلث ، فإن خـرج له الأول أو خـرج له

الثاني دفع إليه الأول والثاني معًا ، وإن خرج له الخامس أو السادس فيدفعان إليه معًا ثم يخرج باسم أحد الأخيرين ، فإن خرج له الثلث أعطى الثالث والثاني ويتعين الأول لصاحب السدس ، والثلاثة الأخيرة لصاحب النصف ، وإن خرج الرابع فله الرابع والخامس وتعين السادس لصاحب السدس والثلاثة الأول لصاحب النصف . انتهى كلامه .

ذكر نحوه في « الروضة » وفيه إشكال يتوقف ذكره على شرح لفظه ، فإن تركه ربما أدى بكثيرين إلى فهمه على غير ما هو عليه ، فقوله : ثم يخرج باسم أحد الآخرين ، هو بفتح الخاء المعجمة تثنية آخر ، كما في قوله تعالى : ﴿ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ ﴾ (١) .

وأشار الرافعي بهما إلى الاثنين الباقيين وهما صاحب السدس والنصف، وهو عائد إلى الأقسام الأربعة ، وهي ما إذا خرج له الأول أو الثاني أو الخامس أو السادس .

وتعبيره عقبه بقوله : فإن خرج ... إلى آخره هو بالواو وهو بقية أقسام صاحب الثلث .

إذا علمت ذلك فنعود إلى ذكر الإشكال فنقول : تعبيره بقوله في جواب الأربعة : ثم يخرج باسم أحد الأخيرين ، حاصله أنه مخير بين أن يخرج باسم صاحب النصف أو لصاحب السدس وهو مشكل ؛ لأنه إذا بدأ باسم صاحب السدس فقد يخرج له الربع ؛ وذلك يؤدي إلى تفريق حق صاحب النصف ، فإنه لا يبقى له إلا الثلث ، والخامس والسادس بخلاف ما إذا بدأ بصاحب النصف ، فإنه لا يؤدي إلى محذور .

قوله : أما إذا جرت القسمة بالتراضي بأن نصَّبا قاسمًا أو اقتسما بأنفسهما ، ثم ادعى أحدهما غلطًا ، فإن لم يعتبر الرضى بعد خروج القرعة

---

(١) سورة المائدة (١٠٦) .

فالحكم كما لو ادعى الغلط في قسمة الإجبار ، وإن اعتبرناه وتراضيا ... إلى آخر ما ذكره .

وهذا الخلاف الذي أحال عليه وهو الخلاف في اعتبار التراضي إذا اقتسما بأنفسهما ، قد تابعه عليه أيضًا في « الروضة » وليس له ذكر في كلامه في هذا الباب بالكلية ، بل في تعليق البندنيجي التصريح بأنه لابد من رضاهما بعد خروج القرعة بلا خلاف ، وذكر ـ أعني : الرافعي ـ بعد هذا بأوراق وهو في الكلام على القاعدة الثانية حكاية القولين في ما إذا تراضيا بقاسم ، ثم نقل عن الشيخ أبي حامد الجزم بالاشتراط في ما إذا اقتسما بأنفسهما ، وأسقطه من « الروضة » ، وذكر في « المهذب » نحو هذا ، وكذلك في « النهاية » أيضًا فقال : لابد في هذه الصورة من الرِّضى؛ إذ لا متوسط بينهما حتى تكون قسمته مستندة لرضاهما ، ثم قال: هذا هو الظاهر ، وفيه احتمال .

وذكر القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما ما هو أبلغ منه فقالوا : إذا نصبوا من يقسم بينهم وكيلاً عنهم لا بالتحكيم ، فلابد من التراضي بعد خروج القرعة بلا خلاف .

وبالجملة : فقد تظافرت النقول على بطلان ما قاله الرافعي هنا ، وقد وقع في « التنبيه » هنا شيء غريب ، فإنه جزم بعدم الاشتراط وحكى الخلاف في ما إذا نَصَّبا قاسمًا ، واعترض عليه في « الكفاية » وقال : إنه لم يره في غير «التنبيه »،وحيث اشترط التراضي فهل هو كخيار العيب حتى يكون على الفور أو كخيار المجلس ؟ فيه وجهان حكاهما الماوردي .

قوله : وإذا قُسِّمَت التركة بين الورثة ثم ظهر دين ، فإن جعلنا القسمة إقرار حق : فهي صحيحة ثم تباع الأنصباء في الدين إن لم يوفوه ، وإن جعلناها بيعًا : ففيه خلاف سبق في آخر الرهن ، والأظهر صحته .انتهى .

تابعه عليه في « الروضة » ومقتضاه أن القسمة صحيحة على القول الأول سواء حصل الوفاء أم لا ، والذي قاله العراقيون « والبغوي » أن القسمة تنقض لوفاء الدين .

قوله : ولو جرت قسمة ثم استحق من المقسوم جزء شائع كالثلث [بطلت] (١) القسمة في المستحق ، وفي الباقي طريقان .

قال أبو علي بن أبي هريرة : إنه على الخلاف في تفريق الصفقة ، وهذا ما أورده في « الكتاب » وبه أخذ أكثرهم .

وقال أبو إسحاق : تبطل القسمة قولاً واحداً ، وبه أجاب الروياني في «الحلية » ؛ لأن المقصود من القسمة وهو التمييز لم يحصل . انتهى .

ذكر نحوه في « الشرح الصغير » أيضًا وفيه أمران :

أحدهما : أن النووي في « الروضة » لما اختصر هذا الكلام لم يذكر في الطريق الأول أنه على الخلاف في تفريق الصفقة ، بل عبر بقوله : وفي الباقي طريقان ، أصحهما قولان :

أحدهما : تبطل به .

والثاني : تصح ويثبت الخيار ، وبهذا الطريق قال الأكثرون .

وقال أبو إسحاق : تبطل فيه قولاً واحدًا .

هذا لفظه من غير زيادة عليه، فلزم منه عدم معرفة الصحيح في المسألة .

الأمر الثاني : أن ما نقله هاهنا عن الأكثرين من تخريجه على تفريق الصفقة حتى يكون الأصح فيه الصحة عجيب جدًا وغلط فاحش ، فقد أمعنت النظر في كلام الأصحاب فوجدتهم على ثلاثة أقسام :

قسم لم يصرح بالمسألة بالكلية ، وهم جماعة منهم ابن سراقة في «التلقين» والفوراني في « العمد » و « الإبانة » .

---

(١) سقط من ب .

وقسم ذكرها ولم يصرح فيها بتصحيح ، منهم القاضي أبو الطيب والدارمي في « الاستذكار » والشيخ في « المهذب » وابن الصباغ في «الشامل » والبغوي في « التهذيب » والشاشي في « الحلية » وشريح الروياني في كتابه المسمى « بالروضة » وصاحب « البيان » وصاحب «الذخائر » والعراقي شارح [« المهذب »] [1] وغيرهم .

وقسم ذهبوا إلى البطلان وهم الأكثرون ، منهم الشيخ أبو حامد في «التعليق » وأبو علي البندنيجي في تعليقته المعروفة المسماة « بالجامع » وعبر فيها : بالمذهب ، وسليم الرازي ، وعبّر في « المجرد » : بالصحيح ، والمحاملي وعبّر في « المقنع » : بالأصح ، والماوردي في « الحاوي » وعبّر : بالجمهور ، والشيخ أبو إسحاق في « التنبيه » وأبو نصر البندنيجي في كتابه « المعتمد » جازمًا به ، وقال الخوارزمي في « الكافي » والروياني في «البحر» : إنه الأصح ، وجزم به في « الحلية » .

وقال أبو عبد الله الحسين الطبري في « العدة » : إنه الصحيح ، وقال ابن عصرون في « الانتصار » : إنه الأصح ، وجزم به في « المرشد » وفي كتابه المسمى « بالتنبيه » ، وذكر نحو ذلك جماعة أيضًا ، منهم القاضي الحسين في « تعليقه » وأبو منصور التميمي في كتابه المسمى « بالمسافر » فإنهم جزموا ببطلان القسمة بخروج شيء مستحق ، ولم يفصلوا بين المعين والشائع ، فهذه كتب الأصحاب شاهدة على بطلان ما وقع في الرافعي هنا وتابعه عليه في « الروضة » .

والسبب في وقوع الرافعي في ما وقع فيه أن الإمام قال : ذكر العراقيون في ذلك قولين وخرجوهما على تفريق الصفقة . هذه عبارته من غير زيادة عليها ، وهي عبارة توهم الواقف عليها أن العراقيين اقتصروا على هذه

---

(١) في ب : التنبيه .

الطريقة ، وكأنه أراد أنه وقع ذكرها في كتبهم ، وإلا فنقول : العراقيون كلهم - كما قدمته لك قاطبة - تغلط ما نسب إليهم ، ثم إن الغزالي تابع إمامه على عادته فشرحه الرافعي مغترًا به وبإيهام كلام الإمام ولم يمعن [النظر في المسألة فوقع فيما وقع ، ومما يدل على عدم إمعانه أنه اقتصر من] (١) النقول التي نقلها عن أعلام المذهب في كتبهم المبسوطة والمتوسطة والمختصرة على نقل ذلك عن « حلية الروياني » خاصة ، والحاصل : أنه هاهنا لم ينظر غير « النهاية » و « الوجيز » و « الحلية » ، وقد أوضحت لك بطلان مستنده وهو كلام الإمام الموهم .

ولا شك أن المصنف قد لا يبسط في بعض الأوقات فيقلد فيقع في الغلط بسبب ذلك ، فأحمد الله تعالى على التوفيق إلى الصواب .

واعتمد ما ذكرته فقد راجعت في هذه المسألة من المصنفات ما لعله لم يسمع به الرافعي فضلاً عن وقوفه عليه ، وقد ذكرت لك عبارات أكثرها .

نعم صحح الجرجاني في « الشافي » و « التحرير » طريقة ابن أبي هريرة ، وهي التخريج على تفريق الصفقة كما وقع في الرافعي ، ورأيت مثل ذلك في « تتمة التتمة » ، ولا أعلم أحدًا غير هذين إلا كلام الغزالي ومن تبعه لأجل الوهم أو الإيهام الواقع في كلام الإمام .

قوله : وإن استحق معين نظر : إن اختص المستحق بنصيب أحدهما أو كان المستحق من نصيب أحدهما أكثر بطلت القسمة . انتهى كلامه .

وما قاله من البطلان يستثنى منه ما إذا وقع في الغنيمة عين لمسلم أخذها منه الكفار ولم يعلم بها إلا بعد القسمة ، فإنها ترد على صاحبها ويعوض عنها من وقعت في نصيبه من خُمْس الخُمْس ولا تُفْسخ القسمة ، كما أوضحوه في بابه .

---

(١) سقط من ب .

قوله : القسم الأول : قسمة التعديل فيما يعد شيئًا واحدًا كالأرض تختلف أجزاؤها لاختلافها في قوة الإنبات أو في القرب من الماء والبعد منه، فيكون ثلثها مثلاً بحوزته مثل ثلثها بالقيمة فيجعل هذا بينهما وهذا بينهما إن كانت بينهما بالتسوية ، وفي الإجبار على هذه القسمة قولان جاريان عند اختلاف الجنس أيضًا كالبستان الواحد بعضه نخيل وبعضه كرم ، والدار المبني بعضها بالآجر وبعضها بالخشب والطين ، والراجح منهما عند صاحب « التهذيب » : هو عدم الإجبار ، لكن العراقيون وغيرهم رجحوا خلافه .

ثم قال : واعلم أنه يشبه أن يكون الخلاف في الإجبار مخصوصًا به ، فإن أمكن أن يقسم كل واحد منهما وحده فلا يجبر على قسمة التعديل كما لو كانا شريكين في أرضين يمكن قسمة كل واحد منهما بالآخر ألا يجري الإجبار على التعديل .انتهى كلامه .

وفي البحث المذكور آخرًا أمران :

أحدهما : في تقريره ، فإن معناه بعيد عن الفهم مع كونه سهل التقرير مستورًا بشيء لطيف ، وصدر البحث واضح ، وأما عجزه فمعناه أنه بتقدير أن لا يكون الخلاف مخصوصًا بهذه الحالة فيجاب أيضًا بتخصيصه ويفتى به، فالحاصل : أن الفتوى عليه ، أما مع عدم الخلاف أو مع إثباته ، فقد صرح بذلك في « الشرح الصغير » فقال : ويشبه أن يكون [الخلاف في][1] الإجبار مخصوصًا بما إذا لم يمكن قسمة الجيد وحده والرديء وحده ، أو يكون قول الإجبار مخصوصًا به ، فإن أمكن قسمة كل واحد منهما وحده فينبغي أن لا يجبر على قسمة التعديل ، هذه لفظه .

ولما أشكل هذا الموضع على الواقفين عليه تصرفوا في لفظه ، ففي بعضها إسقاط هذا اللفظ ، وهو فإن لم يكن الخلاف مخصوصًا ، وكذلك

---

(١) سقط من أ .

أسقطه النووي من « الروضة » أيضًا .

الأمر الثاني : أن ما ذكره الرافعي بحثًا واقتضى كلامه عدم الوقوف عليه وتابعه عليه في « الروضة » غريب جدًا فقد جزم به جماعة كثيرة منهم الماوردي في « الحاوي » والشيخ في « المهذب » والروياني في « البحر » والعمراني في « البيان » .

قوله : وأما الأقرحة .... إلى آخره .

هي بالقاف والراء والحاء المهملتين : مفردها قَراح ـ بفتح القاف ـ وهي المزرعة التي لا غراس فيها ولا بناء .

كذا قاله الجوهري في فصل القاف ، وذكر أيضًا في فصل الباء الموحدة أن البراح ـ بفتح الباء ـ هي الأرض الواسعة لا زرع فيها ولا شجر ، فيجوز أن يقرأ كلام الرافعي بالوجهين .

قوله : إحداهما : قسمة المتشابهات إقرار حق أو بيع ؟ فيه قولان ، قال صاحب « التهذيب » وآخرون : الأصح كونها بيعًا ، وقال الغزالي في الرهن: الأصح كونها إقرارًا ، قال صاحب « العدة » : وعليه الفتوى . وهذا يوافقه جواب الأصحاب في مسائل مخرجة على القولين . انتهى .

وحاصله ترجيح الإقرار ، وقد ذكر نحوه في « الشرح الصغير » أيضًا وكذلك في « المحرر »،فإنه قال :فيه قولان ، ذكر أن الفتوى على الإقرار .

إذا علمت ذلك فقد صح في موضعين من هذا الكتاب أنه بيع على خلاف ما ذكره هنا :

أحدهما : في زكاة المعشرات قبيل الكلام على الخرص بأسطر ، فقال ما نصه : ولأن المقاسمة بيع على الصحيح ، وبيع الرطب بالرطب لا يجوز ، هذا لفظه وذكر أيضًا قبله ما يقتضيه .

والموضع الثـاني : في باب الربا في الكلام على طريق المماثلة ، فقال: فمن فروعه : أن يريد شريكان في شيء من مال الربا قسمته بينهما ، وهو مبني على أن القسمة بيع أو إقرار حق ؟ فإن قلنا بالأول ، وهو [الصحيح][(١)] ، فلا تجوز قسمة المكيل بالوزن ، ولا قسمة الموزون بالكيل، وما لا يباع بعضه ببعض كالعنب والرطب فلا يقسم أصلاً .

وإن قلنا بالثاني : جاز ، هذا لفظه .

وقد اختلف كلام النووي أيضًا في المسألة ، فقال في « المنهاج » هنا : الأظهر أنها إقرار ، وقال في « زوائد الروضة » هنا : إنه المختار ، وقال في «شرح المهذب » في الكلام على قسمة لحم الأضحية :الأصح جوازه، قال : لأن الأصح أن القسمة إقرار لا بيع ، ثم خالف ذلك كله في باب الربا في الموضع المتقدم ذكره فقال : الأظهر أنها بيع .

قوله : وفي محل القولين طريقان :

أحدهما : أن القولين في ما إذا جرت هذه القسمة بالإجبار ، أما إذا جرت بالتراضي فهي بيع لا محالة .

والثاني : أنهما يطردان إن جرت بالتراضي أو بالإجبار ، وحكى الطريقين صاحب « التهذيب » وقال : الأصح الأول . انتهى كلامه .

وما نقله عن صاحب « التهذيب » من تصحيح الطريقة الأولى تابعه على نقله عنه في «الروضة» أيضًا وهو غلط ، فإن الصحيح في «التهذيب»: تصحيح الطريقة الثانية وهي طريقة القولين مطلقًا ، فإنه قال بعد حكاية القولين وتصحيح كونها بيعًا ما نصه : والصحيح أنه لا فرق بين أن تكون قسمتها بالتراضي أو بالجبر ، أنه على قولين ، وقيل : القولان في ما إذا

---

(١) في ب : الأصح .

اقتسما جبرًا ، فإن كان بالتراضي فهو بيع له ، قولاً واحدًا . هذا لفظ البغوي بحروفه فانعكس على الرافعي .

قوله : لا يجوز قسمة الوقف عن الوقف ، وأما قسمة الملك عن الوقف ، فإن قلنا بيع : لا تجوز ، وإن قلنا إقرار ، جازت .

قال الروياني [: وهو الاختيار . انتهى .

قال في « الروضة » : هذا الذي اختاره الروياني] (١) هو المختار، قال : وهذا إذا لم يكن فيها رد ، وكان رد من أصحاب الوقف ، فإن كان من صاحب الملك لم يجز ، لأنه يأخذ مقابله جزءًا من الوقف ، ذكره صاحب «التهذيب » وغيره .

واعلم أن كثيرًا من الأصحاب ذكر المسألة في كتاب الوقف .

قوله : القاعدة الثانية : قسمة الإجبار لا يعتبر فيها التراضي لا عند إخراج القرعة ولا بعد خروجها ، فلو تراضى الشريكان بقاسم يقسم بينهما فهل يعتبر التراضي بعد خروج القرعة أم يكفي الرضا الأول ؟ فيه قولان كالقولين في ما إذا حكما رجلاً فحكم بينهما ، والذي يميل إليه كلام المعتبرين : أنه يعتبر وذكر أنه المنصوص . انتهى .

وما ذكره هنا من حكاية الخلاف قولين ذكر مثله في « الشرح الصغير »، ثم خالف في « المحرر » فجعله وجهين ، فقال : والقسمة التي يجبر عليها إذا جرت بالتراضي هل يعتبر فيها تكرير التراضي بعد خروج القرعة ؟ فيه وجهان رجح منها التكرير . انتهى .

وعبارة « الروضة » : وذكروا عوضًا عن قول الرافعي وذكروا بينهما تفاوت ظاهر .

---

(١) سقط من أ .

واعلم أن النووي في « المنهاج » قد انعكست عليه المسألة فجعل الخلاف في ما لا إجبار فيه ، [فقال في اختصاره لكلام « المحرر » : ولو تراضيا بقسمة ما لا إجبار فيه] (١) اشترط الرضى بعد القرعة على الأصح .

وهذا الكلام فيه اعتراض من وجوه :

منها : ما ذكرناه .

ومنها : أنه ذكر هذه المسألة بعينها قبل ذلك من غير فصل، فقال : ويشترط في الرد أيضًا الرضى بعد خروج القرعة ، ثم قال : ولو تراضيا بقسمة ما لا إجبار فيه . . . إلى آخره، والذي ليس فيه إجبار هو قسمة الرد فقط؛ لأن قسمة المتشابهات يجبر عليها قطعًا ، وكذا التعديل على الصحيح.

ومنها : أنه مع تكراره غاير في الجواب ، فجزم به أولاً ، وحكى فيه الخلاف ثانيًا وجعله قويًا فإنه عبر بالأصح .

ومنها : أنه جعل الخلاف المذكور قويًا كما بيّناه ، وهو عكس ما في «الروضة» فإنه جعل الخلاف ضعيفًا فعبر بالصحيح ، والمذكور في «الروضة» هو الصواب ، فإنهما في « الشرح » و « الروضة » لم ينقلا مقابله [إلا] (٢) عن الإصطخري .

قوله : ولا تجوز المهاياة في الحيوان اللبون ليحلب هذا يومًا وهذا يومًا ، ولا في الشجرة المثمرة ليكون ثمرها لهذا عامًا ولهذا عامًا ، لما فيه من التفاوت الظاهر . انتهى .

وطريقهما والحالة هذه ما قاله في « الروضة » : أن يتيح كل واحد نصيبه لصاحبه .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب .

قوله : ولو تقدم جماعة في أيديهم دار أو أرض إلى القاضي فطلبوا القسمة قسمها ولم يقيموا عليه بينة ، ففيه قولان : أصحهما عند الإمام وصاحب « الكتاب » وإليه ميل ابن الصباغ : أنه يجيبهم ، والأصح عند الشيخ أبي حامد وطبقته : أنه لا يجيبهم ويدل عليه أن الشافعي لما ذكر القول الآخر قال : ولا يعجبني هذا القول . انتهى ملخصًا .

فيه أمران :

أحدهما : أن محل هذا الخلاف ما إذا لم يكن لهم منازع ، فإن كان لم يجبهم قطعًا كما صرح به الماوردي والروياني وابن الرفعة وغيرهم ، وعللوه بأن قسمة الحاكم إثبات لملكهم واليد توجب إثبات التصرف ولا توجب إثبات الملك .

الثاني : أن الأصح من هذا الخلاف : أنه لا يجيبهم ، كذا صححه النووي في « زوائد الروضة » و « تصحيح التنبيه » ، وهذه المسألة مخرجة على أن تصرفات الحاكم هل هى حكم أم لا ؟ وقد سبق الكلام على هذه القاعدة مطولاً في كتاب النكاح عقب الكلام على الموانع فراجعه .



كتاب الشهادات

وفيه ستة أبواب :

الأول : في الصفات المعتبرة في الشاهد

اعلم أن الرافعي قد ذكر في الباب ألفاظًا .

منها : يوم بعاث : هو يوم مشهور كان فيه حرب بين الأوس والخزرج في الجاهلية ، وبعاث : اسم خص للأوس ، وهو بباء موحدة مضمومة وعين مهملة وثاء مثلثة .

ومنها : المعازف بعين مهملة وزاي معجمة وبالفاء في آخره ، هي : الملاهي ، والعازف هو الضارب بها ، تقول منه : عزف يعزف عزفًا .

ومنها : الحُداء ، وهو الشِّعر الذي تساق به الإبل ، هو بضم الحاء المهملة وبالمد وكسر الحاء لغة .

ومنها : الصنج ، بصاد مهملة مفتوحة ونون ساكنة وبالجيم ، وهو معروف .

ومنها : الزفن ، اسم للرقص ، وهو بزاي معجمة مفتوحة وفاء ساكنة وبالنون .

ومنها : الشبب بالشيء - أي التعرض - به هو بشين معجمة وباءين موحدتين .

ومنها : الرِّبقة ، بكسر الراء وبالباء الموحدة وبالقاف ، تقدم إيضاحه في أول قتال البغاة .

ومنها : في الحديث : « **لا تقبل شهادة خائن ولا خائنة ولا ظنين في**

قرابة » [1] أي : منهم ، وروي : « **ولا ذي غِمر على أخيه** » .

أما الظنين : فإنه بالظاء المعجمة المشالة ، قال الله تعالى : ﴿ **وَمَا هُوَ عَلَى الْغَيْبِ بِظَنِينٍ** ﴿٢٤﴾ ﴾ [2]وقرأ بالضاد غير المشالة ، وهو النخيل .

والغِمر : بكسر الغين المعجمة ، هو : الحقد والغل ، يقال : غِمر صدره علَيَّ ـ بالكسر يَغمر ـ بالفتح ـ غمراً ـ بفتح الغين وكسرها .

قوله : وعدّ صاحب « العدة » من الكبائر تقديم الصلاة على وقتها ، وتأخيرها عن وقتها ، ثم قال في آخر الكلام : إن في « التهذيب » حكاية وجه أن ترك الصلاة الواحدة ليس كبيرة ، وإنما يفسق به إذا اعتاده . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن عدّه تقديم الصلاة على وقتها من ذلك لا تحقيق له ؛ لأنه إن كان يعتقد الجواز فلا كلام فيه ، وإن كان عالمًا بالمنع فالصلاة فاسدة ، وحينئذ فإن صلاها في وقتها فالتحريم وقع لكونه أتى بصلاة فاسدة ،

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٦٠١) وابن ماجة (٢٣٦٦) وأحمد (٦٦٩٨) والدارقطني (٤ / ٢٤٤) وعبد الرزاق (١٥٣٦٤) والبيهقي في « الكبرى » (٢٠٣٥٥) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .
قال الحافظ : إسناده قوي .
وقال الألباني : حسن .
وأخرجه الترمذي (٢٢٩٨) والدارقطني (٤ / ٢٤٤) والبيهقي في « الكبرى » (٢٠٣٥٧) وابن عدي في « الكامل » (٧ / ٢٥٩) وابن حبان في « المجروحين » (٣ / ١٠٠) من حديث عائشة رضي الله عنها .
قال الترمذي : هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث يزيد بن زياد الدمشقي ، ويزيد يضعف في الحديث .
وقال الألباني : ضعيف .

(٢) سورة التكوير (٢٤) وهي قراءة ابن كثير وأبي عمرو والكسائي ومعنى (بظنين) أي : بمتهم . الحجة (٦ / ٣٨٠) .

فينبغي التعبير به ولا يقتصر على هذه الصورة الشاذة النادرة ، وإن لم يصلها في وقتها فالعصيان بالتأخير وبالصلاة الفاسدة أيضًا .

الأمر الثاني : أن الصحيح في ترك الصلاة الواحدة أنه كبيرة ، كذا جزم به الرافعي وغيره في الكلام على قتل تارك الصلاة ، وكلامه وكلام «الروضة» هنا لا يؤخذ منهما تصحيح ، ولم ينص عليها في « المحرر » ولا في «الشرح الصغير » .

قوله في « الروضة » : ومنها ـ أي : من الكبائر ـ الدياثة والقيادة . انتهى .

الدياثة بالثاء المثلثة بعد الألف هي أن يكون له جارية تغني فيجمع الناس عليها لسماع غنائها إما بإحضار الناس إليها أو بإحضارها إلى الناس ، كذا فسره به الشافعي ، واسم الفاعل منه ديّوث .

وفي الرافعي ذكر القيادة وتفسيرها بالتفسير المعروف ، وهو الجمع بين الرجال والنساء ، وقد فسر هذه الألفاظ في أواخر تعليق الطلاق بما لا يطابق المذكور هنا ، فقال : قال في « التتمة » : القواد من يحمل الرجال إلى أهله ويخلي بينهم ، ويشبه أن لا يختص بالأهل ، قال : وفيها أن القرطبان هو الذي يعرف من يزني بزوجته ويسكت عليه . وفيها أيضًا : أن الدَّيوث من لا يمنع الناس الدخول على زوجته ، وقال في « الرقم » : هو الذي يشتري جارية تغني للناس . هذا كلامه .

قوله : ومن الصغائر ـ كما قاله صاحب « العدة » ـ السكوت على الغيبة ، والبيع والشراء في المسجد ، وإدخال الصبيان والمجانين والنجاسات إليه ، وإمامة قوم يكرهونه لعيب فيه ، والعبث في الصلاة ، والضحك فيها والتغوط مستقبل القبلة أو في طريق المسلمين . انتهى موضع الحاجة من كلامه .

فأما ما ذكره في السكوت على الغيبة فمناقض لما ذكره في تعداد الكبائر

فإنه جعل منها ترك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وهو مناقض لما نقله هاهنا من كونه من الصغائر ، وإن كان هو الصواب ؛ ولهذا توقف فيه الرافعي، وأما باقي المسائل فإن الرافعي قد نقل معها عن صاحب « العدة » مسائل أخرى ، فاعترض عليه في بعضها وارتضى الباقي ، وهذه المسائل من جملة ما ارتضاه وليس كذلك .

فأما البيع والشراء في المسجد ، فقد قال في كتاب الاعتكاف : إنه إن كثر فيكره ولا يحرم ، وإن لم يكثر فلا يكره ، وهذا مع ما قاله هناك في غاية التباين ، إلا أن النووي قد خالفه هناك في ما إذا لم يكثر ،وقال بالكراهة ، ونقله عن نصه في « البويطي » ، وأما إدخال الصبيان والمجانين فيه فعجيب ، فقد جزم هو وغيره بإدخالهم في أشرف المساجد وهو المسجد الحرام، وقالوا: إنه يجوز أن يحرم عنه وليه ويطوف به ، وأغرب منه تجويزه إدخال البهيمة فيه للطواف عليها من غير كراهة ، وإن لم يكن لعذر، وأما الإمامة بمن يكره والعبث في الصلاة والتغوط في الطرق فمكروه على ما سبق في أبوابها ، وكذا التغوط مستقبل القبلة ، إن كان في البنيان ، ولم يستدرك النووي عليه في إمامة من يكرهه ، واستدرك عليه باقيها وقيد جواز إدخال الصبيان المساجد بما إذا لم يغلب تنجيسهم له .

قوله من « زوائده » : المختار أن تخطي الرقاب حرام للأحاديث فيه . انتهى .

وما ذكره هنا من ترجيح التحريم مخالف لما سبق في باب صلاة الجمعة من « الروضة » و « شرح المهذب » وغيرهما ، فإنه جزم فيها بالكراهة ، وقد تقدم بسطه هناك فراجعه .

قوله أيضًا من « زوائده » : ومن الصغائر استعمال النجاسة في البدن لغير حاجة . انتهى .

وتقييده بالبدن يشعر بالجواز في الثوب ، وقد اختلف فيه كلامه كما

تقدم إيضاحه قُبيل صلاة العيد في باب ما يجوز للمحارب لبسه .

قوله : وما هو الإضرار السالب للعدالة ؟ أهو المداومة على نوع من الصغائر أم الإكثار منها سواء كانت من نوع واحد أو من أنواع مختلفة ؟

يوافق الثاني قول الجمهور من تغلب طاعاته معاصيه كان عدلاً ، وعكسه مردود الشهادة ولفظ الشافعي قريب منه ، وإذا قلنا به لم تضر المداومة على نوع واحد من الصغائر إذا غلبت الطاعات ، وعلى الاحتمال الأول تضر . انتهى .

هذا الكلام ظاهر الخلل ، فإن مقتضى الاحتمالين : أن المداومة على نوع واحد مؤثر .

وأما على الاحتمال الأول : فلأن السالب للعدالة شيء واحد وهو المداومة على النوع الواحد وقد وجد .

وأما على الثاني : فلأن السالب أحد شيئين :

أحدهما : الإكثار من النوع فإذا داوم عليه فقد وجد المقتضى لسلب العدالة أيضًا وهو أحد السببين ، بل وجد ما هو أعم منه ، فإن المداومة على الشيء أبلغ من الإكثار منه قطعًا، والذي يظهر أن ثمرة العبارتين إنما هى في المداومة على الصغيرة من أنواع إذا غلبت على الطاعات ، فعلى الثاني يضر دون الأول ، ووجه كونه لا يسلب أن الشخص يسبق عليه غالبًا إمساك نفسه عن المرة الواحدة من النوع، فلو سلبنا بها لانضمامها إلى مثلها من نوع ومثلها من نوع آخر لأدى إلى المشقة والحرج وندور من يتصف بالعدالة ، بخلاف المداومة على النوع الواحد ، فإن كف النفس عنه سهل ، والإقدام عليه لا يعد فرطة وغفلة ، ويدل على ما ذكرناه أنه قد خالف ما ذكره هنا ، وجزم في مواضع بأن المداومة على النوع الواحد تصير كبيرة ، منها في كتاب النكاح في الكلام على الأولياء ، وفي كتاب الرضاع ، وقد سبق ذكر لفظه هناك فراجعه ، وفي « أدب القضاء » للدبيلي وجه : أن

الصغيرة لا تصير كبيرة بالإصرار عليها .

قوله : ولو شغله اللعب بالشطرنج حتى خرج الوقت وهو غافل ، فإن لم يتكرر منه ذلك لم ترد شهادته ، فإن كثر وتكرر فسق وردت شهادته ، ثم قال: هكذا ذكروه وفيه إشكال لما فيه من تعصية الغافل الساهي ، ثم قياسه الطرد في شغل النفس بسائر المباحات . انتهى كلامه .

وهذا الإشكال الذي ذكره الرافعي ولم يجب عنه وتابعه عليه في «الروضة» قد ذكره الشافعي في « الأم » وأجاب عنه ، وقال في شهادة أهل اللعب ما نصه : فإن قيل فهو لا يترك وقتها للعب إلا وهو ناس .

قيل فلا يعود للعب الذي يورث النسيان فإن عاد له وقد جربه يورثه ذلك ، فذلك استخفاف هذا لفظه بحروفه .

قوله : وفي « المهذب » اشتراط التكرار في إخراج الصلاة عن الوقت وإن كان مع العلم وهذا خلاف ما قدمنا أن إخراج الفريضة عمداً عن الوقت من الكبائر . انتهى كلامه .

تبعه عليه في « الروضة » وهو يقتضي أنه لم يتقدم له هناك ذكر هذا الوجه وليس كذلك بل قد صرح به فقال : وفي « التهذيب » حكاية وجه أن ترك الصلاة الواحدة إلى أن يخرج وقتها ليس بكبيرة وإنما ترد الشهادة به إذا اعتاده ، هذا لفظه .

وعذر الرافعي في عدم استحضاره هنا أنه لم يذكره هناك عند ذكره للصلاة ، وإنما ذكره في آخر الكلام على الكبائر.

واعلم أن في « مهذب الشيخ أبي إسحاق » الجزم بأنه صغيرة وفي «تهذيب البغوي » حكايته وجهًا فاعلمه واحذر من التحريف .

قوله :وأما النرد فهو حرام في أصح الوجهين لقوله عليه الصلاة والسلام :

« من لعب بالنردشير فكأنما غمس يده في لحم الخنزير »[١]، قال : وعلى هذا فقد حكى الإمام عن الشيخ أبي محمد أنه من الصغائر ، قال : والصحيح : أنه من الكبائر . انتهى كلامه .

والصحيح ما قاله الشيخ أبو محمد ، كذا رجحه الرافعي في آخر الفصل قبيل الكلام على شرب الحنفى النبيذ فقال : ما حكمنا بتحريمه في هذه المسائل كالنرد وسماع الأوتار واستعمال الحرير هل هو كبيرة أو صغيرة؟ فيه وجهان :

ثم قال : يميل كلام الإمام إلى ترجيح أولهما ، والأشبه الثاني ، وهو المذكور في « التهذيب » وغيره . هذا لفظه .

ورجحه أيضًا في « الشرح الصغير » .

والحديث المذكور رواه مسلم في صحيحه ، والدال من النردشير مفتوحة كما اقتضاه كلام القاضي عياض في « مشارق الأنوار » على الكلام على النون مع الرواشين بالشين المعجمة المكسورة ، هو أول ملوك الفرس ، وكان قد وضع له النرد فنسب إليه .

قوله : فروع : قال في « الأم » : وأكره اللعب بالحزة والقرق ، فالحزة قطعة من الخشب يحفر فيها حفر في ثلاثة أسطر ويجعل في الحفر حصى صغار يلعب بها ، وقد تسمى الأربعة عشرة ، والقرف أن يخط على الأرض مربع ويجعل في وسطه خطان كالصليب ويجعل على رؤوس الخط حصى صغار يلعب بها .

واللفظ فيما رأيت بخط القاضي الروياني بفتح القاف والراء ، وبعضهم قيد بكسر القاف وإسكان الراء ، ولم أجدها في كتب اللغة بهذا المعنى .

نعم في « الصحاح » أن القرق بكسر الراء ، هو المكان المستوى ومعلوم أن

---

(١) أخرجه مسلم (٢٢٦٠) من حديث بريدة ﷺ .

الخط للعب يقع غالبًا في المكان المستوي ، فيمكن أن يكون ما نحن فيه من هذا وأن يكون اللفظ كما ذكره .

وأما الحكم : ففي «الشامل» : أن اللعب بهما كاللعب بالنرد ، وفي «تعليق أبي حامد » : أنه كالشطرنج ، ويشبه أن يقال ما يعتمد فيه على إخراج الكعبين أي الحصا ونحوه فهو كالنرد ، وما يعتمد فيه على الفكر فهو كالشطرنج . انتهى كلامه .

وهذا التخريج الذي ذكره ـ رحمه الله ـ في آخر كلامه يؤخذ منه ترجيح الجواز فيهما معًا ، لأن الحزة بالحاء المهملة هي المسماة في إقليم مصر بالمنقلة، والقرق يسمى بشطرنج المغاربة ، وكلاهما يعتمد فيه على الفكر لا على شيء يرمى ، وقد أسقط النووي من « الروضة » هذا الترجيح ، وكأنه سقط من قوله : كالشطرنج . . . إلى قوله : كالشطرنج .

قوله : وأما القسم الأول ـ أي : الغناء بمجرد الصوت ـ فهو مكروه وسماعه مكروه والسماع من الأجنبية أشد كراهة ، وحكى القاضي أبو الطيب تحريمه ، وهذا هو الخلاف الذي سبق في أن صوتها هل هو عورة؟ هذا هو المذهب المشهور في الغناء وسماعه ، وحكى الزاز ووراؤه وجهين :

أحدهما : أنه يحرم كثيره دون قليله .

وثانيهما : أنه حرام على الإطلاق .انتهى .

واعلم أن هذين الوجهين اللذين أشار إليهما بقوله ووراؤه وجهين ، ليسا خاصين بالمرأة ، وإلا لزم أن يكون الوجه الثاني منهما مكررًا .

[وليسا أيضًا خاصين بالغناء ، فإن مقتضى عبارة الرافعي المتقدمة جريانهما] (١) في السماع أيضًا .

إذا علمت ذلك ففيه أمور :

أحدها : أن ما ذكره من البناء على أن صورة المرأة هل هي عورة أم لا ؟

(١) سقط من ب .

يقتضي اختصاص الخلاف في الغناء بالحرة ، فإن صوت الأمة ليس بعورة بلا خلاف ، والخلاف لا يختص بها ، بل يجري في الأمة أيضًا وممن جزم بالتحريم في الأمة الغزالي .

الثاني : أن ما صححه هنا في غناء المرأة من عدم التحريم ، قد ذكر ما يخالفه في ثلاثة مواضع من هذا الكتاب :

أحدها : في البيع .

وثانيها : في الغصب .

وثالثها : في الصداق ، وقد سبق إيضاح ذلك في أوائل البيع فراجعه .

الثالث : أن القاضي أبا الطيب قد نص في باب المصراة من تعليقته على الإباحة ، وهو لا ينافي ما نقله عنه الرافعي ، فإن مدلوله الحكاية عن غيره وهو كذلك فإن القاضي المذكور نقل عن الأصحاب تحريمه من المرأة مطلقًا، قال : سواء كانت حرة أو أمة ، كذا رأيته في مصنف له في الغناء .

وأما في هذا الباب من تعليقته فإنه صرح بسماعه من أمته ، وقال : إنه لا يكره وسكت عن الأجنبية .

ولا شك أن الزوجة في معنى الأمة ، وكذا المحرم على ما ذكره في «الحاوي» ، كذا ذكره في الكتاب الثاني من الكتابين المعقودين للشهادات .

قوله : القسم الثاني : أن يتغنى ببعض آلات الغناء مما هو من شعار شاربي الخمر وهو مطرب ، كالطنبور والعود والصبح وسائر المعازف والأرقام يحرم استعماله واستماعه . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أنه لم يصرح بالحكم في الغناء في هذه الحالة مع أن الكلام إنما سيق له وهو مراده بلا شك ؛ ولهذا عبر في « المنهاج » بقوله : ويكره الغناء بلا آلة وسماعه .

الأمر الثاني : أن القياس في الغناء المضموم إلى الآلة المحرمة ، تحريم الآلة فقط وبقاء الغناء على كراهته ، ولكن وقع فيه تعارض عجيب تقدم إيضاحه في أواخر باب تعليق الطلاق فراجعه .

وقد ذكر الإمام في الكلام على الشطرنج إذا انضم إليه بهتان أو ترك صلاة ونحو ذلك هذا الاعتراض بعينه وهو واضح .

قوله : وفي اليراع وجهان صحح البغوي التحريم والغزالي الجواز وهو الأقرب . انتهى .

قال في « الروضة » : الأصح أو الصحيح تحريم اليراع وهي التي يقال لها: الشبابة ، ممن صححه البغوي وغيره ، وقد صنف الدولعى كتابًا في تحريمه مشتملاً على نفائس والله أعلم .

وفيما قاله في « الروضة » أمران :

أحدهما : أن اليراع بفتح الياء المثناة من تحت وتخفيف الراء وبالعين المهملة جمع يراعة أو اسم جنس واحده يراعة ، قاله النووي في «تهذيبه»، وقال الجوهري : اليراع القصب واليراعة القصبة .

وإذا علمت ذلك علمت أن اليراع متعدد وحينئذ فلا يصح تفسيره بالمفرد وهي الشبابة بالباء .

الثاني : أن نقل المنع من زوائده عن البغوي عجيب فقد ذكره الرافعي وليس ببعيد بل قبل ذلك بنحو سطر ثم إن المقام يقتضي أن النووي لو استحضر قائلاً بالتحريم غير من ذكره لصرح به .

واعلم أن المنع قد رجحه الشيخ أبو حامد فقال : إنه القياس ، وصححه الخوارزمي في « الكافي » وجزم به ابن عصرون ، وأما الجواز فقال به الماوردي والخطابي والروياني ومحمد بن يحيي في « المحيط » .

قوله : وأما القـراءة بالألحان فقد قال في « المختـصر » : لا بأس، بها وعن رواية الربيع بن سليمان الجيزي : أنها مكروهة ، وليس في هذا اختلاف قول عند عـامة الأصحـاب ، ولكن موضع الكراهـة أن يفرط في المد وفي إشـباع الحركات حـتى يتولد من الفتحة ألف ومن الضـمة واو ومن الكسرة ياء ، أو يدغم في غـير موضع الإدغـام ، فإن لم ينتـه إلى هذا الحد فـلا كراهة ، وفي «أمالي أبي الفرج» وجه : أنه لا كراهة وإن أفرط . انتهى كلامه .

وقـد تلخص منه أن المعـروف في المذهب إنما هو الكراهة ؛ ولهـذا لم ينقل التـحريم عـن أحد بالكليـة ، ويؤيده أيضًـا ما نـقله الربيع المرادي في «الأم» عن الشـافعي ، فـقال في باب شـهادة القاذف الـذي هو قبل كـتاب القاضي مـا نصه : قال الشـافعي :ولا بأس بالقـراءة بالألحان . هذا لفظه بحروفه ، وقد ذكر الشافعي بعد هذا بكراريس بابًا آخر في شهادة القاذف ، فلأجل هذا احترزت بالتقييد السابق .

إذا علمت ذلك فـقد قال في « الـروضة » من « زوائده » : والصـحيح التحريم إذا أفرط على الوجه المذكـور ،صرح به صاحب « الحاوي » فقال : هو حرام يفسق به القارئ ، ويأثم المستـمع لأنه عدل به عن نهجه القويم ، وهذا مراد الشافعي بالكراهة والله أعلم .

وإذا تأملت ما تقدم علمت أن تصحـيح النووي في هذه المسألة ضعيف مخالف لكلام الشافعي والأصحاب فلا مـعول عليه ، ثم إن القول بالتفسيق بتقدير التحريم مشكـل لا دليل عليه بل الصواب على هذا التقدير أن يكون صغيرة .

واعلم أن الربيع الجيزي لم يقع له ذكر في الرافعي إلا في هذا الموضع ، والمتـكرر إنما هو الـربيع المرادي راوي « الأم » ، والجيـزي بجـيم مكسـورة منسـوب إلى البلد المقـابلة لمدينة مصـر كمـا أوضحـته في مـقدمة الـكتاب والطبقات .

قوله : بل المزمار العراقي وما يضرب به الأوتار حرام بلا خلاف . انتهى .

وإطلاق عدم الخلاف في الأوتار تبعه عليه في « الروضة » أيضًا وليس كذلك ، فقد حكى الماوردي في « الحاوي » والروياني في « البحر » وجهًا: أن العود بخصوصه حلال لما يقال : إنه ينفع من بعض الأمراض ، بل رأيت في كتاب « السماع » لأبي الفضل محمد بن طاهر المقدسي أن الشيخ أبا إسحاق الشيرازي ممن كان يبيع ذلك [ويحضره] [١] ، إن كان لم يذكر ذلك في تصانيفه الفقهية لكونها مصنفة على المذهب المعروف .

قوله : وأما الدف فضربه مباح في الأملاك والختان سواء كان فيه جلاجل أم لا، ففي الحديث « اعلنوا النكاح واضربوا عليه بالغربال » [٢] يعني : الدف ، وأما غيرهما ففي « المهذب » و « التهذيب » وغيرهما ، تحريمه، ومنهم من أطلق حله وعلى ذلك جرى الإمام وصاحب الكتاب . انتهى .

لم يرجح شيئًا في « الروضة » أيضًا والراجح الحل ، فقد قال الرافعي في « المحرر » : إنه أقرب الوجهين، وفي « الشرح الصغير »: إنه أشبههما، وقال النووي في « المنهاج » : إنه الأصح ، والغربال بكسرة الغين المعجمة.

قوله : ولا يحرم من الطبول إلا الطبل الذي يسمى « الكوبة » ، فإنه حرام

---

(١) سقط من أ .

(٢) أخرجه أحمد (١٦١٧٥) وابن حبان (٤٠٦٦) والحاكم (٢٧٤٨) والطبراني في «الأوسط» (٥١٤٥) والبيهقي في « الكبرى » (١٤٤٦٣) وأبو نعيم في « الحلية » (٨ / ٣٢٨) من حديث الزبير بن العوام ﷺ بسند حسن ، بلفظ : « أعلنوا النكاح » أما زيادة «واضربوا عليه . . . » أخرجها ابن ماجة (١٨٩٥) وسعيد بن منصور (٦٣٥) والبيهقي في « الكبرى » (١٤٤٧٥) وأبو نعيم في « الحلية » (٣ / ٢٦٥) وإسحاق بن راهوية في «مسنده » (٩٤٥) والخطيب في « تاريخ بغداد » (٤ / ١٣٧) وابن عدي في « الكامل » (٣ / ٦) من حديث عائشة بسند ضعيف ، فيه خالد بن إلياس ، اتفقوا على ضعفه .

لما روي أنه ﷺ قال : « إن الله حرّم على أمتي الخمر والميسر والكوبة» [1] **في أشياء عددها ، والكوبة : الطبل الطويل المتسع الطرفين الضيق الوسط . انتهى كلامه .**

فيه أمران :

أحدهما : أن إباحة غير الكوبة من الطبول ذكره الغزالي فتابعه عليه الرافعي ، والموجود لأئمة المذهب وهو التحريم في ما عدا الدف، فقد ذهب إليه القاضي الحسين والبندنيجي في تعليقهما ،والحليمي في « المنهاج » والماوردي في « الحاوي » والشيخ أبو إسحاق في « المهذب » وأبو عبد الله الحسين الطبري في « العدة » والروياني في « البحر » والبغوي في «التهذيب» والخوارزمي في « الكافي » والعمراني في « البيان » والشهروذوري في «الذخيرة » وابن أبي عصرون في « التنبيه » وفي «الانتصار » و«المرشد » ومجلي في « الذخائر » ونقله في « الاستقصاء » عن الشيخ أبي حامد .

الأمر الثاني : أن تفسير الكوبة بالطبل خلاف المشهور في كتب اللغة ، قال الخطابي : غلط من قال الكوبة الطبل ، بل هي النرد ،وذكر مثله ابن الأعرابي والزمخشري، وصححه ابن الأثير في « النهاية » .

قوله في « الروضة » : أو الطبول التي تهيأ لملاعب الصبيان إن لم تلحق بالطبول الكبار فهي كالدف وليست كالكوبة بحال . انتهى .

وهذا الكلام على هذه الكيفية نقله الرافعي عن الإمام ، ولا يؤخذ منه الحكم فيها .

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٦٨٥) وأحمد (٦٤٧٨) والبزار (٢٤٥٤) والبيهقي في « الكبرى » (٢٠٧٨١) والطحاوي في « شرح المعاني » من حديث ابن عمرو رضي الله عنهما .

قال الشيخ الألباني : صحيح .

قلت : وفي الباب عن ابن عباس ، وأبي هريرة ، وقيس بن سعيد بن عبادة .

قوله : والرقص ليس بحرام ، وقف رسول الله ﷺ لعائشة ليسترها حتى تنظر إلى الحبشة وهم يلعبون ويزفنون .

والزفن : هو الرقص ، قال الحليمي : الرقص الذي فيه تكسر وتثن يشبه أفعال المخنثين ، حرام على الرجال والنساء . انتهى .

ذكر في « الروضة » نحوه أيضًا .

وفيه أمور :

أحدها : أن الذي نقله الرافعي عن الحليمي هو الصحيح عنده وعند النووي ، فقد جزم به في « الشرح الصغير » و « المحرر » وتابعه عليه النووي في « المنهاج » .

الثاني : أن الذي قاله الحليمي في « المنهاج » أنه إن لم يكن فيه تثن وتكسر فلا بأس به ، ولم يزد عليه ولا يلزم منه تحريمه، فقد يكون مكروها عند التثني والتكسر ، مباحًا عند فقدهما .

وبتقدير ثبوت التحريم عنه فمعارض بالشيخ أبي علي، فإنه قال كما نقله عنه ابن أبي الدم في « شرح الوسيط » : إن كان فيه تثن وتكسر فمكروه وإلا فلا بأس به .

الثالث : لم يبين الرافعي ـ رحمه الله ـ حكم الرقص الذي ليس فيه تثن ولا تكسر هل هو مكروه أو مباح ؟ فإنه عبر بقوله لا يحرم كما تقدم .

والمسألة مختلف فيها ، فذهب القفال كما حكاه عنه في «البحر» إلى الكراهة ، وقال الأستاذ أبو منصور : إن تكلف الرقص على الإيقاع مكروه، قال الفوراني في « العمد » : الرقص مباح، وكذلك الغزالي في «الوسيط» وهو مقتضى كلام الشيخ أبي علي والحليمي كما تقدم نقله عنهما، وأشار القاضي حسين في « تعليقته » والغزالي في « الإحياء » إلى

أنه إن كان من أهل الأحوال الذين يقومون بوجد فيباح لهم ويكره لغيرهم ، وصرح به الأستاذ أبو منصور ، وجزم أبو الفضل الحاجري بالتحريم إذا كان كثيراً . ذكره في كتابه المسمى « بالكفاية » .

واعلم أن الزفن الذي فسره الرافعي بالرقص هو بالزاي المعجمة والفاء وبالنون كما تقدم إيضاحه قريبًا .

والحديث أخرجه البخاري ومسلم .

قوله : وقال الشافعي ﷺ : الشِّعر كلام حسنه كحسنه وقبيحه كقبيحه . انتهى .

وهذا المنقول عن الشافعي قد رواه البيهقي حديثًا مرفوعًا إلى النبي ﷺ[١] ، ونقله عنه النووي في كتاب الحج من « شرح المهذب » .

قوله : وإذا هجا الشاعر في شعره بما هو صادق فيه أو كاذب ردت شهادته كذلك قال القاضي الروياني . انتهى .

ويستثني من ذلك هجو الكفار فإنه يجوز كما قاله الروياني وغيره ، لأنه عليه الصلاة والسلام أمر حسان بهجاء الكفار ، ومقتضى إطلاقه أن لا فرق فيهم بين الجماعة والواحد معينًا كان أو غير معين ، والقياس في الفاسق المتظاهر كذلك .

قوله : فإن كانت التي يسب بها جاريته أو زوجته ، فمن الأصحاب من قال: إنه يجوز ولا ترد شهادته ، [وهذا القائل يقول لو لم تكن المرأة معينة لا ترد شهادته] [٢]لجواز أن يريد من تحل له ، ومنهم من قال : ترد شهادته إذا

---

(١) أخرجه الشافعي (١٦٨٧) والبيهقي في « الكبرى » (٨٩٦٣) من حديث هشام بن عروة عن أبيه مرفوعًا .

وضعفه البيهقي والحافظ ابن حجر .

(٢) سقط من أ .

كان يذكر جاريته أو زوجته بما حقه الإخفاء ، لأنه مسقط للمروءة ، وهذا هو الحق . انتهى كلامه .

وهذا الذي ذكره بحثًا من ترجيح هذا الوجه وتابعه عليه في « الروضة » قد نص الشافعي على خلافه نصًا صريحًا فقال في « الأم » في باب شهادة الشعراء ما نصه : ومن سب فلم يسم أحدًا لم ترد شهادته ، لأنه يمكن أن يسب بامرأته وجاريته ، هذا لفظه بحروفه ومن « الأم » نقلته ، ونقل في «البحر » عدم الرد عن جمهور [الأصحاب] (١) .

قوله في أصل « الروضة » : ومنه ـ أي مما يخل [بالمروءة ـ أن يقبل امرأته أو جاريته بحضرة الناس ، أو يحكي ما جرى بينهما] (٢) في الخلوة أو يكثر من الحكايات المضحكة . انتهى كلامه .

وهذا الذي ذكره من كراهة حكاية ما يجري له معهما ، ذكر مثله أيضًا في آخر الباب التاسع من أبواب النكاح ، فقال : ويكره أن يحدث بما جرى بينه وبين زوجته أو أمته ، لكن جزم في « شرح مسلم » بما يخالف ذلك، فقال في كتاب النكاح في باب تحريم إفشاء سر المرأة: ويحرم على الرجل أن يظهر ما جرى بينه وبين امرأته من أمور الاستمتاع ووصف تفاصيل ذلك وما يجري من المرأة من قول أو فعل لما رواه مسلم « **إن من أشر الناس عند الله منزلة يوم القيامة الرجل يفضي إلى امرأته وتفضي إليه ثم ينشر سرها** » (٣) قال : وأما مجرد ذكر الجماع فمكروه إلا لفائدة .

قوله :وفي أهل الحرف الدنيئة وجهان :

أصحهما : قبول شهادتهم ، ثم قال بعده قال الغزالي : والوجهان هما في من تليق به وكانت بصنعة آبائه ، فأما غيره فتسقط مروءته بها ، وهذا

---

(١) في أ : الصحابة .

(٢) سقط من أ .

(٣) أخرجه مسلم (١٤٣٧) من حديث أبي سعيد الخدري ﷺ .

حسن . انتهى .

جزم الرافعي في « الشرح الصغير » و « المحرر » بما قاله الغزالي وتبعه النووي في « المنهاج » ، وقال في « الروضة » من « زوائده » : لم يتعرض الجمهور لهذا القيد ، وينبغي أن لا تقيد بصنعة آبائه ، بل ينظر هل تليق به هو أم لا ؟

قوله : وإن اعتاد ترك السنن الرواتب أو تسبيحات الركوع والسجود ردت شهادته ، كذا ذكره في « التهذيب » ،وحكى أبو الفرج الزاز في غير الوتر وركعتي [الفجر] [1] من الرواتب وجهًا : أن الشهادة لا ترد . انتهى .

وحاصله حكاية الخلاف من غير ترجيح في ما عدا الوتر وركعتي الفجر، وصحح في « الروضة » فيهما الرد أيضًا ، ولم ينبه على أنه من «زوائده » بل أدخله في كلام الرافعي فتفطن له ، وسببه أنه حذف النقل عن صاحب «التهذيب » فلزم منه ما ذكرناه .

قوله : ولو شهد أن زيدًا جرح مورثه لم تقبل للتهمة ، ولو شهد بمال آخر لوريثه المجروح أو المريض ، إن شهدوا بعد الاندمال : قبلت ، وكذا قبله على الأصح . انتهى كلامه .

وهو يوهم أن الشهادة بجرح مورثه لا يأتي فيها التفصيل بين الاندمال وعدمه وليس كذلك ، بل التفصيل يجري فيه أيضًا ، كذا ذكره في آخر الجنايات في باب الشهادة على الدم ، وذكر هناك خلافًا في أن الاعتبار بالإرث هل هو بحالة الشهادة أم لا ؟ قال ابن عصرون في كتابيه « المرشد » و « الانتصار » : لو كان على المجروح دين يستغرق أرش الجراحة : قبلت شهادة وارثه بها لانتفاء التهمة ، وفيما قاله نظر لأن الدين لا يمنع الإرث .

---

(١) سقط من أ .

قوله : ولا تقبل شهادة الوكيل للموكل في ما هو وكيل فيه . انتهى .

تابعه عليه في « الروضة » وهو يقتضي اختصاص المنع [بحالة] (١) بقاء الوكالة ، حتى لو عزل نفسه ثم شهد قبلت شهادته ، وليس الأمر في ما دل عليه كلامه بعد العزل على إطلاقه، بل فيه تفصيل ذكره المصنف في الباب الثاني من أبواب الوكالة،وهو أنه إن كان قد خاصم :لم تقبل للتهمة: وإن لم يخاصم ،قبلت ، وقيل :لا تقبل مطلقًا ، وقيل بقبولها مطلقًا ، وهذا الثالث قال الإمام : إنه قياس قول المراوزة ، ثم قال ـ أعني: الإمام : إن هذا كله إذا جرى الأمر على تواصل ، فإن طال الفصل فالوجه القطع بقبول الشهادة مع احتمال فيه ، هذا معنى كلام الرافعي هناك ، وقد ذكر صاحب « البيان » في كتاب الوكالة مسائل لها تعلق بما يجيء فيه أحببت ذكرها فقال: فرع : وإذا ادعى الوكالة وشهد له بها شاهدان أحدهما ابن الآخر : قبلت شهادتهما ، لأن القرابة تمنع إذا كانت بين الشاهد والمشهود له، فأما إذا كانت بين الشاهدين فلا تؤثر وإن شهد بالوكالة ابنا الوكيل أو أبواه [أو أبوه] (٢) وابنه لم نحكم بشهادتهما ،لأنهما يثبتان له التصرف فلم يقبلا كما لو شهدا له بمال ، وإن شهد له بالوكالة أبو الموكل أو ابناه ، فذكر الشيخ أبو حامد ـ رحمه الله ـ أنهما لا يقبلان ؛لأنهما يثبتان بذلك التصرف عن الموكل ويستحق الوكيل بذلك المطالبة بالحق ، وما يثبت بقوله يثبت بشهادة قرابته عليه كالإقرار ، فأما إذا ادعى الوكالة فأنكر الموكل فشهد عليه أبواه أو ابناه فتثبت الوكالة ويمضي تصرفه ؛ لأن ذلك شهادة عليه وهكذا إذا أنكر من عليه الحق وكالة الوكيل فشهد ابنا من عليه الحق أو أبواه قبلت شهادتهما ، [لأنهما يشهدان عليه .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

قوله : جل الفقهاء من أصحابنا وغيرهم يمتنعون] [(١)] من تكفير أهل القبلة .

نعم اشتهر عن الشافعي ـ رحمه الله ـ تكفير الذين ينفون علم الله تعالى بالمعدوم ويقولون ما يعلم الأشياء حتى يخلقها .

ونقل العراقيون عنه : تكفير النافين للرؤية والقائلين بخلق القرآن ، وتأوله الإمام فقال : وظني أنه ناظر بعضهم فألزمه الكفر في الحجاج ، فقيل: إنه كفرهم . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أنه قد تقدم منه في أوائل الردة عن المتولي كلام ظاهره مخالف لهذا فينبغي أن يعلم ، وظاهر كلام الرافعي ، يوهم عد تكفير الفريق الأول وليس كذلك ، لا جرم أن النووي استدركه في « الروضة » فقال: أما تكفير منكري العلم بالمعدوم أو بالحرثان فلا شك فيه ، وأما من نفى الرؤية وقال بخلق القرآن فالمختار : تأويله ، ونص في « الأم » على ما يؤيده، ولهذا لم يلحقوهم بالكفار في الإرث والأنكحة ووجوب قتلهم وقتالهم وغير ذلك .

الأمر الثاني : أن ما اقتضاه عموم كلامه من عدم تكفير المجسمة قد تابعه أيضًا في « الروضة » ، لكن جزم في باب صفة الأئمة من « شرح المهذب » بكفرهم ، ذكر ذلك قبيل الكلام على امتناع اقتداء الرجل بالمرأة فاعلمه .

قوله : والأكثرون على قبول شهادة أهل الأهواء إلا الخطابية وهم قوم يرون جواز شهادة أحدهم لصاحبه إذا سمعه يقول لي على فلان كذا فيصدقه بيمين أو غيرها ويشهد له اعتمادًا على أنه لا يكذب ، وقالت طائفة : لا تقبل مطلقًا ، ثم قال :ورد الشيخ أبو محمد شهادة الذين يسبون

---

(١) سقط من أ .

الصحابة ويقذفون عائشة ﵂ (١)وعلى هذا جرى الإمام وصاحب « التهذيب» وصاحب « الكتاب » ، وخير الأمور أوسطها . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن الذين يسبون الصحابة فيهم كلام تقدم في أوائل القضاء ، في الكلام على الاستفتاء فراجعه .

الأمر الثاني : أن كلامه يشعر بأن قذفة عائشة ﵂ تقبل شهادتهم عند الأكثرين وأنا لا نحكم بكفرهم ، وليس كذلك بل هم كفار مردودة شهادتهم؛ إذ هي مبرأة بنص القرآن ،وقد نبه في « الروضة » عليه .

الأمر الثالث : أنا إنما [لم] (٢) نحكم برد شهادة الخطابية ورد قضائهم إذا كانت الشهادة أو الحكم لخطابي مثله ، كذا صرح به الرافعي في باب قتال البغاة ، ولا يؤخذ ذلك من كلامه هنا فإنه إنما تعرض لذلك في تفسير مذهبهم فتأمله .

[قوله] (٣) : إن كلامهم يقتضي أنه لا فرق في قبول الشهادة بين من يستحل الدم والمال أم لا ؟ وقد صرح به هنا في « الروضة » من «زوائده » نقلاً عن الشافعي فقال :الصواب في غير قاذف عائشة قبول الشهادة ، وقد قال في « الأم » :ولم نعلم أحدًا من سلف الأمة يقتدى به ولا من بعدهم من التابعين رد شهادة أحد بتأويل وإن خطأه وضلله ورآه استحل ما حرم الله تعالى عليه ، فلا نرد شهادة أحد بشيء من التأويل كان له وجه يحتمله ، وإن بلغ فيه استحلال المال والدم هذا نص الشافعي . انتهى كلام النووي .

وقد ذكر الرافعي في باب قتال البغاة أن المعتبرين قالوا : إن الحاكم أو

---

(١) كغلاة الشيعة لعنهم الله .

(٢) سقط من ب .

(٣) في ب : الرابع .

الشاهد من أهل البغي يستحل دماء أهل العدل أو أموالهم لم ينفذ حكمه ولم تقبل شهادته ، لأنه فاسق وهذا يخالف المذكور هنا ، وقد سبق ذكر ذلك في موضعه فراجعه .

وفي كتاب القضاء أيضًا كلام آخر يتعلق بذلك فراجعه أيضًا .

قوله : وهل يصغى القاضي إلى شهادته مع ظهور فسقه ؟ فيه وجهان . الذي ذكره الشيخ أبو محمد واستحسنه الإمام : أنه لا يصغى إليهما كشهادة العبد والصبي . انتهى .

قال الرافعي في « الشرح الصغير » أظهر الوجهين . أنه لا يصغى لذلك، وصححه أيضًا النووي في أصل « الروضة » .

قوله : فالمبادر في حقوق [الأمين] [1]منهم لا تقبل شهادته والمبادرة أن يشهد من غير تقدم دعوى ، فإن شهد بعد دعوى قبل أن يستشهد ردت شهادته أيضًا على الأصح ، وإذا رددناها ففي مصيره مجروحًا وجهان : أشبههما :لا ، ويحكى القطع به عن أبي عاصم العبادي إن كانت المبادرة عن جهل منه ، وظاهر هذا : أن الخلاف في سقوط عدالته مطلقًا .... إلى آخر كلامه .

وما ذكره الرافعي من تقييد قطع العبادي بحالة الجهل قد حذفه النووي من « الروضة » فوقع في غلط فاحش ، وهو قطعه بذلك في حالة العلم ، والذي توقف فيه في آخر كلامه قد ذكره في كتاب الدعاوى قبيل الطرف الثاني .

وفي « كتاب الإقرار » ، فنقل ما حاصله : أن البغوي قائل بالجرح مطلقًا ، والإمام قائل به في الزيادة فقط ، ذكر ذلك في ما إذا ادعى ألفًا فشهد له شاهدان بألفين .

---

(١) في ب : الآدميين .

قوله في المسألة : وظاهر هذا أن الخلاف في سقوط عدالته مطلقًا ، ويؤيده أن الهروي قال : إن الوجهين مبنيان على أن المبادرة من الصغائر أو الكبائر؟ لكن منهم من يفهم من كلامه اختصاص الخلاف برد تلك الشهادة وحدها إذا أعادها ومنهم البغوي . انتهى .

وما اقتضاه كلامه من عدم الوقوف في هذه المسألة إلا على ما أشعر به كلام الهروي ونحوه من المتأخرين المعدودين في المصنفين لا في أصحاب الوجوه ، قد تبعه عليه أيضًا في « الروضة » وهو غريب ، فقد صرح الإمام بأن الخلاف يجري في سقوط عدالته في تلك الشهادة وغيرها ، ذكر ذلك في أوائل كتاب الدعوى ، وذكر القاضي الحسين في باب الإقرار من «تعليقته» عكسه ، فقال : لا خلاف أنه لا يصير مجروحًا في غير تلك القضية، هذه عبارته وذكر الإمام هناك نحوه أيضًا .

قوله أيضًا في المسألة : قال في « الوسيط » في باب دعوى الدم : في وجه لا تقبل تلك الشهادة منه إذا أعادها كالشهادة المردودة بعلة الفسق ، وعلى وجه: تقبل ، وعلى وجه : إن تاب عن المبادرة فتقبل . انتهى .

وهذا الوجه المفصل بين التوبة وغيرها أسقطه من « الروضة » .

قوله : وهل تقبل شهادة الحسبة في الخلع ؟ أطلق في « التهذيب » المنع ، وقال الإمام : تقبل في الفراق ولا تثبت في المال ، قال: ولا أبعد ثبوته بيعًا . ولا أن يثبت الفراق دون البينونة . انتهى .

تابعه في « الشرح الصغير » و « الروضة » على حكاية الخلاف من غير ترجيح،وجزم الخوارزمي أيضًا بمقالة البغوي إلا أن الراجح ما قاله الإمام ، فقد سبقه إليه القاضي الحسين كما نقله عنه الإمام وغيره واختاره أيضًا الغزالي في « الوسيط » وغيره ، وتبعهم صاحب « الحاوي الصغير » ، وإن

كان في كلامه إيهام إثبات المال .

قوله في أصل « الروضة » : ومنه ـ أي مما تقبل فيه شهادة الحسبة ـ تحريم الرضاع والنسب ، وفي النسب وجه . انتهى .

النسب هنا مرفوع عطفًا على التحريم ـ أي ومنه النسب على الصحيح ـ وهكذا ذكره الرافعي .

قوله : وما تقبل فيه شهادة الحسبة ـ بقاء العدة وانقضاؤها ، ثم قال ما نصه: [والحدود] (١) التي هي حقوق الله تعالى كحد الزنا وقطع الطريق والسرقة ، لكن الأولى فيها الستر . انتهى كلامه .

وهذا الذي جزم به هاهنا من استحباب الستر للشهود قد اختلف فيه كلامه ، وكلام « الروضة » أيضًا ، وقد سبق إيضاح ذلك في باب حد الزنا فراجعه .

قوله : وأما ما هو حق آدمي كالقصاص وحد القذف والبيوع والأقادير فلا تقبل فيه شهادة الحسبة ، فإن لم يعلم صاحب الحق أعلمه الشاهد حتى يدعي ، ويستشهده فيشهد . انتهى .

وهل هذا الإعلام على جهة الوجوب أو الاستحباب ؟ فيه كلام سبق في أواخر الباب الثاني من أبواب الوكالة فراجعه .

قوله : فرع : ما تقبل فيه شهادة الحسبة هل تسمع فيه دعوى الحسبة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ، لأن الثبوت بالبينة وهي غنية عن الدعوى ، وهذا هو الجواب في فتاوى « القفال » .

---

(١) في ب : الحقوق .

والثاني : عن القاضي الحسين أنها تسمع ، لأن البينة قد لا تساعد ويراد استخراج الحق بإقرار المدعى عليه . انتهى كلامه .

والراجح : عدم سماع الدعوى ، كذا جزم به في كتاب الدعوى والبينات في الكلام على الطرف الثالث المعقود للحالف ، فقال : الثانية حدود الله تعالى لا تسمع فيها الدعوى ، ولا يطلب الجواب لأنها ليست حقًا للمدعى ومن له الحق لم يأذن في الطلب ، هذا كلامه .

نعم قد ذكر الرافعي ما يقتضي خلافه في موضعين :

أحدهما : في الباب الثاني من كتاب السرقة فقال: ومن رفع إلى مجلس القاضي واتهم بما يوجب عقوبة فللقاضي أن يعرض له بالإنكار ويحمله عليه ولو أقر بذلك ابتداء أو بعد دعوى فكذلك على الصحيح . انتهى .

فقوله أو بعد دعوى صريح في سماعها .

وثانيهما : في الكلام على المخدرة ، وهو في آخر باب القضاء على الغائب فإنه صحح أنها لا تخرج للدعوى عليها ، ثم استدل على ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام : «**واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها**»(١) وهذا يدل على سماع الدعوى ، إلا أنهما ليسا في الصراحة كالأول ووقع الاختلاف المذكور في « الروضة » كما وقع في الرافعي ، إلا أنه لم يذكر الاستدلال بقصة أنيس وفي أدب القضاء لابن أبي الدم: أن المشهور عدم سماعها ، ثم قال : ولست أرى لسماعها فائدة، فإن فائدة الدعوى طلب اليمين منه إن أنكر ، وقد قال ابن القاص: اتفق الشافعي وأبو حنيفة على أنه لا يمين في حد الزنا وشرب الخمر إلا إذا أقر بما يوجب الحد كأن أقر بوطء امرأة أجنبية ، ثم ادعى الشبهة ، قال الشافعي في اختلاف العراقيين : يحلف بالله ما وطئها إلا وهو يراها حلالاً ويسقط الحد إذا كان

---

(١) تقدم .

يمكن أن يجهله ، وقال أبو حنيفة : يسقط الحد بلا يمين . انتهت خلاصة كلامه .

وما ادعاه من أنه لا فائدة للدعوى ليس كذلك ، بل له فائدة وهو أنه قد يتورع عن اليمين فيقر ، وقد تعرض له في الكلام على شهادة الحسبة .

قوله : وفي « الفتاوى » : أنه لو جاء رجلان وشهدا بأن فلانًا أخو فلانة من الرضاع لم يكف حتى يقولا وهو يريد أن ينكحها ، فإنه لو شهد اثنان بالطلاق وقضى القاضي بشهادتهما ، ثم جاء آخران يشهدان بأخوة الرضاع بين المتناكحين لم تقبل هذه الشهادة ؛إذ لا فائدة في الحال لقبولها ولا عبرة بأنهما قد يتناكحان من بعد ، وأن الشهادة على أنه أعتق إنما تسمع إذا كان المشهود عليه يسترق من أعتقه ، وهذه الصور تفهم أن شهادة الحسبة إنما تسمع عند الحاجة . انتهى كلامه .

وظاهر كلام الغزالي وآخرين كما قاله ابن الرفعة في « المطلب » : يشعر بخلاف ما في الفتاوى المذكورة .

قوله : وذكر أبو القاسم الصيمري في مختصر جمعه في أحكام الشهادات : أنه لا تجوز شهادة المحجور عليه بالسفه ، فإن كان كذلك زادت صفة أخرى . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على ذلك وهو يقتضي توقفه في المنع، وأنه لم يقف على خلاف ما قاله الصيمري ولا على ما يوافقه ،وقد صرح الرافعي بالمسألة في باب الوصاية ، وذكر ما حاصله ، عدم قبول شهادته، فإنه عد شروط الوصي سبعة ، من جملتها الكفاءة إلى التصرف ، قال : فلا يجوز الوصاية إلى من يعجز عن التصرف ولا يهتدي إليه لسفه أو هرم أو غيرهما، هذا هو الظاهر ، ثم قال ما نصه : وحصروا الشروط جميعها بلفظ مختصر فقالوا: ينبغي أن يكون الوصي بحيث تقبل شهادته على الطفل هذا لفظه .

قوله : أما التوبة من المعاصي التي بينه وبين الله تعالى فهي أن يندم على ما مضى ويترك فعله في الحال ويعزم على أنه لا يعود. انتهى كلامه .

وقد أهمل شرطًا رابعًا : وهو أن يكون ذلك كله لله تعالى حتى لو عوقب على جريمة فندم أو عزم على عدم العود لأجل ما حل به وخوفًا من وقوع مثله لم يكف ، كذا ذكره أصحابنا الأصوليون ولابد منه كما أوضحته في «شرح منهاج الأصول » ومثلوه بما إذا قتل ولده وندم لكونه ولده ، وبما إذا بذل الشحيح مالاً في معصية وندم لأجل غرامة المال .

قوله : وإن تعلق بها حق مالي كالغصب فيجب مع ذلك تبرئة الذمة عنه بأن يؤدي إليه ، فإن مات فإلى وارثه ، فإن لم يكن له وارث أو غاب وانقطع خبره دفع إلى قاض يعرف سيرته وديانته ، فإن تعذر تصدق على الفقراء بنية الغرامة له .

ذكره العبادي في «الرقم» وصاحب الكتاب في غير الكتب الفقهية ، وإن كان معسراً نوى الغرامة إذا قدر ، فإن مات قبل أن يقدر فالمرجو من فضل الله تعالى المغفرة . انتهى كلامه .

وما ذكره في ما إذا لم يكن له وارث من الصدقة بماله ليس الأمر فيه على ما يوهمه ظاهر كلامه من التخصيص بالصدقة ، بل هو مخير بين وجوه المصالح كلها ، كذا ذكره في كتاب الفرائض، وقد سبق ذكر لفظه هناك فراجعه .

وأما من انقطع خبره فقد تقدم في آخر القضاء على الغائب ما يشبهه وما أفهمه كلامه في المعسر من العفو قد خالفه فيه في « الروضة » فقال: ظواهر السنة الصحيحة تقتضي ثبوت المطالبة بالظلامة ، وإن مات معسراً عاجزًا إذا كان عاصيًا بالتزامه .

فأما إذا استدان في موضع يباح له الاستدانة واستمر عجزه عن الوفاء حتى مات ، أو أتلف شيئًا خطأ وعجز عن غرامته حتى مات ، فالظاهر :

أن هذا لا مطالبة في حقه في الآخرة ؛ إذ لا معصية منه والمرجو من الله تعالى أن يعوض صاحب الحق ، وقد أشار إلى هذا إمام الحرمين في أول كتاب النكاح، وتباح الاستدانة لحاجة في غير معصية ولا سرف إذا كان يرجو [الوفاء من جهة] [(١)] أو سبب ظاهر . انتهى كلامه رحمه الله .

وهو يقتضي أن الاستدانة للسرف حرام فتفطن له .

قوله في « الروضة » : وإن كان حقًا للعباد كالقصاص وحد القذف فيأتي المستحق ويمكنه من الاستيفاء ، فإن لم يعلم المستحق وجب في القصاص أن يعلمه فيقول : أنا الذي قتلت أباك ولزمني القصاص فإن شئت فاقتص وإن شئت فاعفو ، وفي حد القذف سبق في كتاب اللعان خلاف في وجوب إعلامه ، وقطع العبادي وغيره هنا بأنه يجب إعلامه كالقصاص . انتهى كلامه .

واعلم أنه قد حكى في كتاب اللعان عن الأصحاب : أن الإعلام واجب ولم ينقل مقابله إلا احتمالاً فقط ، وقد سبق ذكر لفظه في أول باب اللعان فراجعه وعبارة الرافعي هنا أن الغزالي حكى هناك ترددًا وهو تعبير صحيح ، وأما الخلاف فلم يصرح به .

نعم حكى الخلاف [في باب حد الزنا وما اقتضاه كلامه من الجزم بالوجوب في القصاص وعدم إجراء الخلاف] [(٢)] ليس كذلك ، فإن فيه خلافًا حكاه في باب حد الزنا أيضًا .

قوله أيضًا في « الروضة » : فرع : لو قصر في ما عليه من دين ومظلمة ومات المستحق واستحقه وارث بعد وارث ، ثم مات ولم يوفهم ، لمن تستحق المطالبة به في الآخرة ؟ فيه أوجه :

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

أرجحها وبه أفتى الحناطي : أنه صاحب الحق أولاً .

والثاني : أنه أخر من مات من ورثته أو ورثة وريثه وإن نزلوا .

والثالث ذكره العبادي في «الرقم» : أنه يكتب الأجر لكل وارث مدة حياته ثم من بعده لمن بعده .انتهى كلامه .

وهذا الترجيح الذي ذكره لم يذكره الرافعي بالكلية وإنما حكاه عن الحناطي فقط فقال : قال القاضي : يرثه الله تعالى بعد موت الكل ويرد إليه في القيامة . هذا لفظه من غير زيادة عليه ، ولفظ « الروضة » لا يعطي هذه الكيفية المذكورة في الانتقال .

قوله : وأما التوبة في الظاهر فالمعاصي تنقسم إلى : فعلية ، وقولية .

أما الفعلية كالزنا والسرقة : فإظهار التوبة عنها لا يكفي في قبول الشهادة وعود الولاية ، لأنه لا يؤمن أن يكون له في الإظهار غاية وغرض فاسد فيختبر مدة يغلب على الظن فيها أنه قد أصلح وصدق في توبته ، وهل تتقدر هذه المدة؟ قال قائلون :لا إنما المعتبر حصول غلبة الظن بصدقة ، ويختلف الأمر فيه بالأشخاص وأمارات الصدق ، وذهب آخرون إلى تقديرها، وفيه وجهان :

قال أكثرهم : يستبرأ بسنة فإن لمضي الفصول الأربعة أثرًا بينًا في تهييج النفوس وانبعاثها لمشتهياتها ، وقال جماعة : يكتفي بستة أشهر ونسبوه إلى النص . انتهى كلامه .

وذكر في « الشرح الصغير » نحوه أيضًا .

فيه أمران :

أحدهما : أنه ليس فيه تصحيح بالنسبة إلى التقدير وعدمه ، وأما كلام الأكثرين فنقله تفريعًا على القول بالتقدير ، وقد اختصر في « الروضة » هذا الكلام على غير وجهه فقال : وفي تقدير هذه المدة أوجه : الأكثرون أنها

سنة .

والثاني : ستة أشهر ونسبوه إلى النص .

والثالث : لا تتقدر بمدة . هذا لفظه .

نعم ذكر في « المحرر » كما في «الروضة » .

الأمر الثـاني : أن وجوب الاستبراء مـحله إذا كان الشخص ظاهر الفسق فلو كان يخـفيه فأقـر به ليقام عليـه الحد قبلت شـهادته بعد ثبوته من غـير استبراء ، كذا ذكره الروياني وغيره وهو ظاهر .

قوله في « الروضـة » : ثم إذا تاب بالقول هل تشتـرط المدة المذكورة ؟ إذا كان عدلاً قـبل القذف ينظر: إن كان القـذف على صورة الشهادة لم يـشترط على المذهـب ، وإن كـان قــذف سب وإيذاء اشـتـرط على المذهب .انتـهى كلامه .

ولا يعلم منه أن الأصح طريقة القطع أو الخلاف ، ولا أن ذلك الخلاف بتقـدير إثباته قولان أو وجهـان ، وقد بين الرافعي ذلك فصـحح في المسألة الأولى طريقة القطع وحكى أخرى على قولين وعكس في الثانية .

قوله : ثـم قضيـة ما قـالوه في القذف أن تشـترط التـوبة بالقول في سـائر المعـاصي القوليـة كشـهادة الزور والغـيبـة والنميـمة ، وقـد صرح صـاحب «المهذب» بذلك في شهادة الزور ، فقال : التـوبة عنها أن يقول :كذبت في ما قلت ولا أعود إلى مثله . انتهى .

ومقتضى هذا الكلام أنه لم يـقف على ذلك إلا في شهادة الزور ، وقد نقله الغزالـي في المبادرة بالشهـادة أيضًا عن بعض الأصحـاب ، ونقله عنه الرافعي هناك ، ولكن أسقطه من « الروضة » .

الباب الثاني : في العدد والذكورة

قوله : واعلم أن قول الشاهد الواحد لا يكفي الحكم به ولا يستثنى إلا هلال رمضان على الأصح . انتهى .

تستثنى أيضًا مسألة أخرى ذكرها المتولي في « التتمة » في كتاب الصيام ونقلها عنه النووي في « شرح المهذب » في الصيام وفي آخر الصلاة على الميت ، فقال : فرع : ذكره المتولي في كتاب الصيام أنه إذا مات كافر فشهد واحد بأنه أسلم فلا يحكم بأنه مسلم في الإرث فيرثه الكافر لا المسلم ، وهل يحكم به في جواز الصلاة عليه ؟ قولان في ثبوت هلال رمضان ، وقد وقع في هذا الباب من « نكت المنهاج » للشيخ برهان الدين ابن الفركاح استثناء مسألة أخرى نقلها عن الماوردي واستثناؤها غلط ، فإن الماوردي عبر بقوله : شاهدا عدل ـ بألف التثنية ـ فخفيت الألف عليه أو سقطت من النسخة التي وقف عليها فاعلمه .

قوله : وفي الإقرار بالزنا قولان :

أحدهما : أنه لا يثبت إلا بأربعة ، لأنه يتعلق به إقامة الحد فأشبه نفس الزنا .

والثاني : يثبت بشاهدين كسائر الأقارير ، قال الروياني : وهذا أصح . انتهى .

والراجح : ما ذهب إليه الروياني ، كذا صححه الرافعي في « المحرر » والنووي في أصل « الروضة » و « تصحيح التنبيه » .

قوله في « الروضة » : ولا يثبت اللواط وإتيان البهيمة إلا بأربعة على المذهب .

اعلم أن الأصح في اللواط : طريقة القطع ، وقيل: على وجهين،

والأصح في إتيان البهيمة : طريقة الوجهين ، وقيل: يجب الأربعة قطعًا ، هذا حاصل ما في الرافعي ، والمذكور في « الروضة » لا يعلم منه أن الأصح طريقة القطع أو الخلاف ، ولا أن ذلك الخلاف وجهان أو قولان ، ويوهم أيضًا التسوية بين المسألتين في ذلك .

قوله : سبق في السرقة أنه يشترط في الشهادة على الزنا أن يذكروا التي زنا بها ، وأن يذكروا الزنا مفسراً فيقولون رأيناه أدخل فرجه في فرجها ، وأما قولهم كالمزود في المكحلة فإنه زيادة بيان وليس بشرط ، كذا ذكره الهروي . انتهى .

أهمل من الشروط ذكر موضع الزنا ، وقد صرح باشتراطه صاحب «التنبيه» .

قوله : والشركة والقراض معدودان في « التهذيب » مما لا يثبت إلا برجلين ، وأدرج في « الوسيط » الشركة في ما يثبت برجل وامرأتين ، والأول أظهر . انتهى.

تبعه عليه في « الروضة » ، واعلم أن القاضي الحسين قد سبق البغوي إلى ما قاله في الشركة والقراض، [وقال في « الشامل » : إن القراض] (١) مما يثبت بالشاهد واليمين ، وكذلك القاضي أبو الطيب في «تعليقته» في باب الشهادة على الجناية ، وكلام الرافعي يوهم نفي الخلاف عن القراض، قال ابن الرفعة في « المطلب » : وينبغي أن ينزل كلام الفريقين على تفصيل فيقال : إن كان مدعيهما يروم إثبات [التصرف كالوكيل فلابد فيه من شاهدين، وإن كان يروم إثبات] (٢) حصته من الربح فيثبت بالرجل والمرأتين إذ المقصود المال ، ويقرب منه : إذا ادعت المرأة النكاح لإثبات المهر وأقامت

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من ب .

به شاهدًا وامرأتين فإنه يثبت المهر على الصحيح ، وإن لم يثبت النكاح ، وكذا لو ادعى خالد أن زيدًا أوصى إلى عمرو بأن يعطيه من ماله كذا وأقام شاهدًا وامرأتين تثبت الوصية بالمال وإن لم تثبت الوصاية .

قوله : النوع الثاني ما لا يطلع عليه الرجال وتختص النساء بمعرفته غالبًا فتقبل فيه شهادتهن منفردات ، وذلك كالولادة والبكارة والثيابة والرتق والقرن والحيض والرضاع . انتهى كلامه .

وهذا الذي ذكره في الحيض من إمكان إقامة البينة عليه قد خالفه في أربعة مواضع :

أحدها : في كتاب الطلاق في الكلام على تعليقه بالحيض ، وقد سبق ذكر لفظه في موضعه .

والثلاثة الباقية في كتاب الديات وبه أجاب العماد ابن يونس في «فتاويه» أيضًا ، والمذكور في « المنهاج » وفي « فتاوى » النووي في باب الحيض : أنه يمكن ، وما ذكره أيضًا الرافعي في الرضاع قد خصه المتولي بما إذا كان من الثدي ، فإن كان من إناء حلب فيه لم تقبل شهادتهن على أن هذا اللبن من هذه المرأة .

قوله : قال البغوي : والعيب في وجه الحرة وكفها لا يثبت إلا برجلين بناء على أنهما ليسا من العورة ، وفي وجه الأمة وما يبدو منها عند المهنة يثبت برجل وامرأتين لأن المقصود منه المال ، والجراحة التي تصيب فرج المرأة لا تلتحق بالعيب لأن جنس الجراحة مما يطلع عليه الرجال غالبًا ، إنما الذين لا يطلعون عليه العيب الخاص . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره في الأمة يقتضي أنه لا يكفي قول الواحد في العيوب ، وهو مخالف لما نقله عنه الرافعي في البيع في أواخر الرد بالعيب

قبيل الكلام على الإقالة فقال : قال في « التهذيب » :إن قال واحد من أهل المعرفة: إنه عيب ثبت الرد ،واعتبر في « التتمة » شهادة اثنين .

واعلم أيضًا أن مقتضى تعليل البغوي بكون المقصود هو المال اختصاص ذلك بما إذا كان الإثبات لردها في البيع،فإن كان لفسخ النكاح به لم يقبل .

الأمر الثاني : أن ما ذكره في الجراحة قد سبقه إليه القاضي الحسين في «تعليقه » ، وكلام « الروضة » يشعر بانفراد البغوي به فإنه قال : الصواب إلحاق الجراحة على فرجها بالعيوب تحت الثياب ، وعجب من البغوي كونه ذكر خلاف هذا وتعلق بمجرد الاسم .

قوله : ومما يثبت برجل وامرأتين الشفعة والمسابقة وحصول السبق.انتهى .

واعلم أن الحصول بالحاء والصاد المهملتين ، ومعناه تقدم أحدهما على رفيقه ، فأراد بالأول العقد ، وبالثاني التقدم ، وذكر في « الشرح الصغير » كما في « الكبير » أيضًا فقال : والمسابقة وحصول السبق منها ، وقد تحرفت هذه اللفظة على الشيخ محيى الدين في « الروضة » بالخيول جمع خيل بالخاء المعجمة وبالياء بنقطتين من تحت ، ولما تحرفت لزم منها تغيير السبق بالمسابقة أيضًا لتنظيم الكلام ، فقال : والمسابقة وخيول المسابقة . هذا لفظه فأتى بمسألة أخرى .

قوله : نعم في النجم الأخير وجهان :

أحدهما : أنه لا يثبت إلا برجل لتعلق العتق .

وأصحهما على ما ذكره صاحب «التهذيب» :أنه كسائر النجوم . انتهى .

والأصح ما قاله البغوي ، كذا صححه الرافعي في « الشرح الصغير » والنووي في « أصل الروضة » .

قوله : ولو علق طلاق امرأته أو عتق عبده على الغصب أو الإتلاف فشهد

بهما رجل وامرأتان يثبت الغصب والإتلاف ولم يحكم بوقوع الطلاق ولا بحصول العتق ، نص عليه ، وهو كما مر في الصوم أنا إذا أثبتنا هلال رمضان بشاهد واحد لم يحكم بوقوع الطلاق والعتق المعلقين برمضان ولا بحلول الدين المؤجل به ، هذا إذا سبق التعليق ، وذكر ابن سريج ووافقه عامة الأصحاب : أنه لو ثبت الغصب أولا برجل وامرأتين وحكم الحاكم به، ثم جرى التعليق فقال لزوجته : إن كنت غصبت فأنت طالق وقد ثبت عليها الغصب كما وصفنا وقع الطلاق بخلاف ما لو تقدم التعليق ، وقياسه أن يكون الحكم كذلك في التعليق برمضان ، وحكى الإمام أن شيخه حكى وجهًا آخر : أنه لا يقع كما لو تقدم التعليق . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن جزمه بعدم الوقوع في ما [إذا] [1] تقدم التعليق ، وحكاية الخلاف فيما إذا أخر قد عكسه في أوائل كتاب الجنايات في الكلام على الجناية على الخنثى وقد ذكرت لفظه هناك .

الأمر الثاني : أن هذا البحث الذي ذكره في تعديه إلى رمضان واقتضى كلامه وكلام « الروضة » عدم الوقوف عليه ، قد صرح به القاضي الحسين في « تعليقته » ، ونقله عن ابن سريج بخصوصه وهو أول القائلين به في الغصب والإتلاف، ثم تبعه عليه من بعده كما سبق في كلام الرافعي وموافقة النقل للتفقه دليل علو المقدار لا على خلافه ، وذكر الرافعي هنا ضابطًا حسنًا في ما يثبت بطريق التبع عند شهادة الرجل والمرأتين وما لا يثبت وحذفه من «الروضة» ، فقال : وفي هذه الصور انتشار وربما أمكن لمّ بعض الشعث بأن يقال : ما شهد به رجل وامرأتان فله حالان :

أحدهما : أن يكون مما لا يثبت ، بشهادتهم كالسرقة والقتل ، فينظر :

---

(١) سقط من أ .

إن كان له موجب يثبت بشهادتهم كالمال الذي هو أحد موجبي السرقة ثبت، وإن لم يكن له موجب يثبت لم يجب شيء كالقصاص .

الثاني : أن يكون المشهود به يثبت بشهادتهم فالمرتب عليه :

إن كان شرعيًا ثبت كالنسب والميراث المرتبين على الولادة والإفطار بعد الثلاثين ، وذلك لأن الترتيب الشرعي يشعر بعموم الحاجة وتعذر الانفكاك.

وإن كان وضعيًا كترتيب الطلاق والعتق والحلول على التعليق برمضان فلا ضرورة في ثبوته.

قوله : وقول صاحب «الكتاب» إذا شهد على السرقة أو العمد رجل وامرأتان ثبت المال ، وإن لم نثبت العقوبة فيه تسوية بين أن يشهدوا على السرقة [وبين أن يشهدوا على القتل العمد في أن يثبت المال ولا يثبت العتق، وهذا الحكم صحيح في السرقة وقد ذكره مرة في بابها .

وأما القتل العمد : فهو خلاف ما نص عليه الأصحاب هاهنا وليس له في « الوسيط » ذكر بل فرق في باب السرقة بين شهادتهم على السرقة وشهادتهم] (١) على القتل كما فرق غيره ، ولا محمل لما جرى هاهنا إلا السهو . انتهى كلامه .

وهذا الإنكار الفاحش قد ذكره أيضًا في « الشرح الصغير » وتوهم النووي أن الإنكار حق فأسقط مقالة الغزالي [بالكلية من « الروضة » وذلك كله غريب فإن الذي قاله الغزالي] (٢) قد حكاه الإمام في « النهاية » قولاً وصرح به في الشاهد والمرأتين ،وفي الشاهد مع اليمين ، لكنه جعله تفريعًا على أن الواجب أحد الأمرين لا القصاص بعينه، ذكر ذلك في باب الشهادة على الجناية ،وحكاه أيضًا الفوراني في الباب المذكور، لكن صرح به في الشاهد واليمين فقط ، ويلزم منه القول به في الشاهد والمرأتين بالضرورة .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

قوله : وفي دعوى النكاح إذا أقام شاهدين ولم يعدلا نجعل المرأة عند امرأة ثقة وتمنع من الخروج ، وفيه وجه ضعيف، قال القاضي أبو سعد : فإن كانت المرأة متزوجة لم يمنع منها الزوج قبل التعديل ،لأنه ليس بمدعى عليه وليس البضع في يده فلا معنى لإيقاع الحجر عليه . انتهى كلامه .

والذي قاله أبو سعد الهروي من تمكين الزوج منها مشكل،وقد ذكر الرافعي بعد هذا بأسطر ما يؤخذ منه المنع هنا ،فقال : وفي الأمة تتحتم الحيلولة احتياطيًا للبضع ،وكذا لو ادعت المرأة الطلاق وأقامت شاهدين يفرق الحاكم بينهما قبل التزكية هذا لفظه .

واعلم أن مقتضى التعليل المذكور: أن الأمة لو كانت محرمًا له أنها تكون كالعبد حتى يحيل بينه وبين سيده إن رأى الحاكم ذلك ، وإلا فلا إلا أن يطلب .

قوله : ولو أقام شاهدًا واحدًا وطلب الانتزاع قبل أن يأتي بآخر ، ففيه قولان :

أحدهما : يجب كما لو تم العدد وبقيت التزكية .

وأصحهما : عند عامة الأصحاب [لا] (١) ، لأن الشاهد الواحد ليس بحجة ، ثم قال : وعن أبي إسحاق أنه قطع بالأول ، لأن المال يثبت بشاهد ويمين وله أن يحلف معه متى شاء ، فكانت الحجة تامة وحكى أبو الفرج طريقة بقطع الثاني ، لأنه متمكن من إتمام حجته بالحلف فإذا لم يفعل كان مقصراً . انتهى كلامه .

وهاتان الطريقتان أسقطهما النووي من « الروضة » .

قوله : ثم ذكر العراقيون والروياني أن الحيلولة والحبس قبل التعديل يثبتان

---

(١) سقط من أ .

إلى ظهور الأمر للقاضي بالتزكية أو الجرح ، ولا تقدر له مدة ، والحيلولة والحبس لشاهد واحد إذا قلنا به لا يزادان على ثلاثة أيام ، بل عن أبي إسحاق : أن قول تأثير الشاهد الواحد موضعه ما إذا أقام شاهداً فقال : إن الشاهد الآخر قريب ، وإن قال : إنه غائب لا يحضر إلى ثلاثة أيام فلا حيلولة ولا حبس بحال ، وعلى هذا ينزل قول الكتاب ، وإذا قلنا فلا يزيد على ثلاثة أيام . انتهى كلامه .

وليس فيه ما يدل على رد مقالة أبي إسحاق ، بل هي مقررة لما سبق عن العراقيين والروياني بزيادة عليه ، وجعلها في « الروضة » وجهًا ضعيفًا، فقال بعد حكايتها : والمذهب ما سبق هذا لفظه .

الباب الثالث
في مستند علم الشاهد

قوله : وقسم الشافعي ﷺ والأصحاب المشهود به على ثلاثة أقسام :

أحدها : ما يكفي فيه السماع ولا يحتاج إلى الإبصار .

والثاني : ما يكفي فيه الإبصار ، وهو الأفعال كالزنا والشرب والغصب والإتلاف والولادة والرضاع والاصطياد والإحياء وكون المال في يد شخص فيشترط فيها الرؤية المتعلقة بها وبقاء علتها ، ولا يجوز بناء الشهادة فيها على السماع من الغير .

والثالث : ما يحتاج فيه إلى السمع والبصر معًا كالأقوال ، فلابد من سماعها ومشاهدة قائلها كالعقود والفسوخ والإقرار بها . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن هذا التقسيم ليس بحاصر، فإن الشهادة تجوز بما علم بباقي الحواس [الخمس] (١) وهي الذوق والشم واللمس، كما لو اختلفا في مرارة المبيع أو حموضته أو في تغير رائحته أو في حرارته وبرودته ونحو ذلك .

الأمر الثاني : أن ما ذكره من امتناع الشهادة على اليد بمجرد الاستفاضة قد نقل في أثناء الباب خلافه ، وأبدى ما جزم به هاهنا بحثًا وسأذكر لفظه في موضعه فراجعه .

قوله : فإن كان يعرف المشهود عليه باسمه واسم أبيه دون جده ،قال في « الوسيط » : يقتصر عليه فإن عرفه القاضي بذلك جاز، وكان يحتمل أن

---

(١) سقط من أ .

يقال : هذه شهادة على مجهول فلا يعتد بها كما ذكرنا في باب القضاء على الغائب أن القاضي لو لم يكتب إلا أني حكمت على محمد بن أحمد فالحكم باطل. انتهى كلامه .

واعلم أنه لا منافاة بين مقالة الغزالي وبين ما سبق في القضاء على الغائب ،فإن كان كلام الغزالي مفروض في ما إذا حصلت المعرفة بذلك ولم يقع التصوير في الغائب بهذا ، بل تصويرهم بمجرد محمد بن أحمد يدل على خلافه ، وقد ذكر الرافعي هناك قبل هذا التصوير بنحو ورقة ما يدل لمقالة الغزالي فإنه نص على ذكر اسمه واسم أبيه وجده وحليته وصنعته ، ثم قال: وإذا حصل الإعلام ببعض ما ذكرناه اكتفى بهذه ، وهذا يدخل فيه المعرفة بذكر الأب والجد .

قوله : وإن كان يعرف المشهور عليه بعينه دون اسمه ونسبه فمات ودفن فعن القاضي الحسين :أنه لا ينبش ، واستثنى منه في « الوسيط » ما إذا اشتدت الحاجة ولم يطل العهد بحيث يتغير المنظر ، وهذا ما أورده الإمام على سبيل الاحتمال ، وقال : الأظهر ما ذكره القاضي .انتهى .

وحاصله أن القاضي لم يتعرض لمسألة « الوسيط » بخصوصها ، وأن الإمام والغزالي قد اختلفا فيها وتبعه عليه في « الروضة »

والراجح : عدم النبش فقد رجحه الرافعي في « الشرح الصغير » فقال: فإن دفن فعن القاضي الحسين : أنه لا ينبش وهو الأظهر الذي أورده في «الكتاب » وقيل: إن لم يطل العهد بحيث يتغير المنظور فيجوز أن ينبش، هذا كلامه .

وقد تقدم في أواخر تعليق الطلاق مسألة هي نظير هذه ، حكى الرافعي فيها احتمالين عن أبي العباس الروياني وصحح فيها النووي من « زوائده » عدم النبش فراجعها .

قوله : ولك أن تقول : ينبغي أن لا يتوقف جواز التحمل على كشف

القناع ولا على المعرف ،لأن حضور امرأة أو شخص تحت النقاب وإقرار ذلك الحاضر متيقن ، فإذا رفعت المرأة إلى القاضي والمحتمل تلازمها تتمكن من الشهادة على عينها بأن أقرت بكذا ، وهذا نظير صورة الضبط في شهادة الأعمى ، وقد يحضر قوم يكتفي بإخبارهم في التسامع قبل أن تغيب المرأة إذا لم يعتبر في التسامع طول المدة كما سيأتي فيخبرون عن اسمها ونسبها فيتمكن من الشهادة على اسمها ونسبها، بل ينبغي أن يقال: لو شهد اثنان تحملا الشهادة على امرأة لا يعرفانها أن امرأة حضرت يوم كذا مجلس كذا فأقرت لفلان بكذا، وشهد عدلان أن المرأة المحضرة يومئذ في ذلك المكان كانت هذه ثبت الحق بالبينتين اللتين لو قامت بينة على أن فلان ابن فلان الفلاني أقر بكذا ، وقامت أخرى على أن الحاضر هو فلان ابن فلان ثبت الحق ، فما الفرق بين تعريف الشهود عليه المطلق باسم ونسب، وبين تعريفه بزمان ومكان ؟ وإذا اشتمل التحمل على هذه الفوائد وجب أن يجوز مطلقًا، وإن لم يعرض ما يفيد جواز الشهادة على العين أو على الاسم والنسب فذاك شيء آخر . انتهى كلامه .

وهذا التصوير الذي ذكره الرافعي لمحل الخلاف واستشكله ، قد تابعه عليه أيضًا في « الروضة » مع أنه ليس محل الخلاف ، بل يجوز التحمل فيه قطعًا ، وقد صرح بجوازه الروياني وغيره مع حكايتهم الخلاف في أصل المسألة ، وقد استدرك ابن الرفعة هذا الموضع عليه ونبه على ما ذكرناه .

قوله : وإذا خاف الفتنة فيشبه ، أن يقال : لا ينظر المتحمل ، لأن في غيره غنية عنه ، فإن تعين فينظر ويحترز . انتهى .

وما ذكره بحثًا واقتضى كلامه عدم الوقوف عليه وتابعه عليه في «الروضة» ، قد جزم به الماوردي والروياني في « البحر » ، وعبرا بقولهما إذا خاف من النظر إثارة الشهوة .

قوله : وتجوز هذه الحيلة كما أمر رسول الله ﷺ عامل خيبر بمنع الجمع بالدراهم وشرى الخبيث [١]. انتهى .

هذا الحديث تقدم الكلام عليه في باب الربا .

قوله : وفي النسب من الأم وجهان :

أحدهما : أنه لا تجوز الشهادة عليه بالسماع لإمكان رؤية الولادة .

والثاني:يجوز كما في جانب الرجل ، وهذا أصح عند صاحب الكتاب، وحكى في « الوسيط » القطع به عن بعضهم . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضًا ، والصحيح ، ما صححه الغزالي: فقد قال الرافعي في « المحرر » : إنه أصح الوجهين ، وصححه النووي أيضًا في «المنهاج » وفي أصل « الروضة » .

قوله : وهل يثبت الولاء والوقف والعتق والزوجية بالاستفاضة ؟ فيه وجهان إلى آخره .

لم يصرح بترجيح ، وقال في « الشرح الصغير » : رجح كثيرون المنع، وقال في « المحرر » : فيه وجهان رجح منهما المنع هذا لفظه .

وقال في « الروضة » من « زوائده » : الجواز أقوى وأصح وهو المختار.

وقال في « المنهاج » : إنه الأصح عند المحققين والأكثرين .

واعلم أن الصواب الذي عليه الفتوى إنما هو المنع، فقد نص عليه الشافعي، ونقله عنه ابن الرفعة في « الكفاية » ، وإذا قلنا بالثبوت فقال النووي في « فتاويه » : ولا تثبت بها شروط الوقف وتفاصيله بل إن كان وقفًا على جماعة معينين أو جهات متعددة قسمت الغلة [بين الجميع

(١) أخرجه البخاري (٢٠٨٩) ومسلم (١٥٩٣) من حديث أبي سعيد وأبي هريرة رضي الله عنهما .

بالسوية ، وإن كان على مدرسة مثلاً وتعذرت معرفة الشروط صرف الناظر الغلة] [١] في ما يراه من مصالحها ، هذا كلامه .

وما أطلقه من عدم ثبوت الشروط ليس بجيد ، بل الأرجح فيه ما ذكره ابن الصلاح في « فتاويه » ،فإنه قال : يثبت بالاستفاضة أن هذا وقف ولا يثبت بها أن فلانًا وقفه ، قال : وأما الشروط فإن شهدا بها منفردة فلا تثبت بالاستفاضة ، وإن شهد بها ذاكراً لها في شهادته فأصل الوقف في معرض بيان شرط الواقف سمعت ؛ لأنه يرجح حاصله إلى بيان كيفية الوقف هذا كلامه .

ولاشك أن النووي لم يطلع عليه .

واعلم أن هاهنا مسألة كثيرة الوقوع وهي أن جماعة شهدوا بأن النظر في الوقف الفلاني لزيد ، ولم يزيدوا على ذلك ولم يكونوا شهدوا على الواقف ولا قالوا : إن مستندنا الاستفاضة ، وسئلوا عن مستندهم فلم يبدوه بل صمموا على الشهادة .

وأجاب ابن الصلاح بأن هذا محمول على استنادهم إلى الاستفاضة والشروط لا تثبت بمثل ذلك كما تقدم ، قال : وأيضًا فإن إهمال السبب مقتضى لرد الشهادة [كما لو شهدا] [٢] بالإرث ، كذا نقلت هذه المسألة من خط ابن الصلاح كما قاله الشيخ برهان الدين في «تعليقه» .

قوله : أحدهما : فيما تحصل به الاستفاضة أوجه :

أشبهها لكلام الشافعي واختاره الماوردي : لابد من جمع كثير يقع العلم أو الظن القوي بخبرهم ويؤمن تواطؤهم على الكذب .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

والثاني : يكفي عدلان .

والثالث : يكفي واحد إذا سكن القلب إليه ، وإذا قلنا بالأول فينبغي أن لا تعتبر العدالة ولا الحرية ولا الذكورة انتهى ملخصًا .

فيه أمران تابعه عليهما في « الروضة » :

أحدهما : أن الماوردي لم يكتف بالظن، بل اشترط العلم على خلاف المذكور هنا ، فقال في أوائل باب التحفظ في الشهادة : وأقل هذا العدد أن يبلغوا عدد التواتر ، وقال أبو حامد الإسفرايني : أقله عدلان ، وهذا وهم؛ لأن قول الاثنين من أخبار الآحاد،فوجب أن يعتبر فيه العدد المقطوع بصدق مخبره وهو عدد التواتر المنتفى عنه المواطأة والغلط ،هذا كلامه .

وقد نقله عنه الشيخ في « المهذب » على الصواب ، وهو أحد الموضعين اللذين نقل فيهما عن الماوردي كما تقدم في « الطبقات » .

الأمر الثاني : أن ما ذكره في آخر كلامه بحثًا واقتضى كلامه عدم الوقوف على نقله ، قد جزم به الماوردي بالنسبة إلى العدالة ، فإنه فرق بين الاستفاضة والتواتر من وجوه :

منها : أن عدالة المخبرين شرط في التواتر دون الاستفاضة ، وجزم به الروياني بالنسبة إلى الحرية والذكورة ، وحكى وجهين في انفراد الصبيان به مع شواهد الحال بانتفاء المواطأة .

قوله : الثانية إذا سمع رجلاً يقول لآخر هذا ابني وصدقه الآخر ، أو أنا ابن فلان وصدقه فلان، قال كثير من الأصحاب . يجوز أن يشهد به على النسب ، وكذا لو استحلف صبيان أو بالغًا وسكت، لأن السكوت في النسب كالإقرار ، ألا ترى أنه لو بشر بولد فسكت عليه لحقه بخلاف ما إذا أنكر المستلحق ،[فإن النسب] (١) لا يثبت حينئذ ، وفي «المهذب» وجه : أنه

---

(١) سقط من ب .

لا يشهد عند السكوت إلا إذا تكـرر عنده الإقرار والسكوت ، والذي أجاب به الإمام وصـاحب الكتاب : أنه لا تجوز الشـهادة على النسب بذلك ، وهذا قياس ظاهر المذهب انتهى كلامه .

وما ذكره هنا من الاكتفاء بسكوت البالغ المستلحق مخالف للمذكور في الإقرار من « الشرح الكبير » وهنا من « الشرح الصـغير » ، فإنه قد صحح فيهما : أنه لابد من التصديق ، وقد تقدم لفظه في الإقرار في موضعه لكنه موافق للمذكور في باب دعوى النسب وهو قبل كتاب العتق ، وسوف أذكره أيضًا هناك فراجعه .

واعلم أن الغزالي قد ذكر أنه يثـبت بالسكوت ومع ذلك قال : لا يشهد بالنسب، والرافعي مع ذهابه إلى أنه لا يثبت بذلك جوز الشهادة به .

قوله : فإن اجـتمع اليد والتصـرف ، نظر : إن قصرت المدة فالحـكم كما في اليد المجردة ، وإن طالت فوجهان :

أحدهما : لا تجـوز الشهادة له بالملك حتى ينضم إليهـا نسبة الناس الملك إليه .

والثاني : تجوز ، وصححه البغوي وحكاه الإمام عن الجمهور انتهى .

وقـد ذكر النووي في البـاب الثاني من اللـقيط في الحكم الرابع منه مـا حاصله : اسـتثناء الرقـيق ، وأنه لا تجوز الشهـادة فيه بـالملك إذا سمع من المشهود له أو من غيره أنه له ، وقد تقـدم ذكر لفظه هناك وكان الفرق وقوع الاستخدام في الأحرار كثيرًا مع الاحتياط في الحرية .

قوله : ونقل القاضي ابن كج وجـهين في أنه هل يشترط أن يقع في قلب السامع صدق المخـبر ؟ ويشبه أن يكون هذا غيـر الخلاف المذكور في أنه هل يعتبر خبر عدد يؤمن منهم التواطؤ ؟ انتهى كلامه .

ومراده أن هذا الخلاف ليس هو ذلك الخلاف بل مغايرًا له ، وحينئذ فيكون مفرعًا على قولنا : أنه لا يشترط العدد الذي يؤمن فيهم التواطؤ فاعلمه فإنه وقع في كثير من نسخ الرافعي التعبير بلفظة عين بالعين المهملة والنون ، وجزم الإمام وابن الصباغ بالاشتراط تفريعًا على هذا القول ، وهو يقوي ما ذكرناه ، ولم يتعرض في « الروضة » لهذا البحث ، وقد سلك ابن الرفعة في « الكفاية » ما أشار إليه الرافعي من كون الصدق في القلب مفرعًا على أنه لا يشترط العدد الذي يؤمن معه التواطؤ ، إلا أنه نقل عن العراقيين الجزم باشتراطه ـ أعني وقوع الصدق في القلب ـ ، وبذلك يعلم أن الصحيح فيه الاشتراط .

قوله : وذكروا أنه تجوز الشهادة على اليد بمجرد الاستفاضة ، وقد ينازع فيه لإمكان مشاهدة اليد .انتهى .

وما ذكره بحثًا يقتضي أنه لم يقف على قائل بالمنع، وقد تابعه عليه في «الروضة » أيضًا وهو غريب، فقد جزم هو في أول الباب بمنع الشهادة على اليد بمجرد الاستفاضة ، وقد تقدم ذكر لفظه لغرض آخر فراجعه .

وقد نقل في « الروضة » هذا الفرع عن ابن كج خاصة، وسببه أنه قد يقع في بعض النسخ ، وذكر على جعل الفاعل ضميرًا مستترًا عائدًا على ابن كج فإنه قد سبق ذكره قبله بقليل وهو أول المسألة السابقة على هذه كما ذكرناه ..

قوله : ولا يكفي أن يقول الشاهد سمعت الناس يقولون : إنه لفلان وكذلك في النسب وإن كانت الشهادة مبنية عليه ، بل يشترط أن يقول : أشهد بأنه له وبأنه ابنه ،لأنه قد يعلم خلاف ما يسمعه من الناس ، لكن عن الشيخ أبي عاصم :أنه لو شهد بالملك والآخر بأنه في يده مدة طويلة يتصرف فيه بلا منازع تثبت الشهادة ، وهذا ما ذكره الشارح لكلامه مصيرًا إلى

الاكتفاء بذكر السبب ، والظاهر الأول . انتهى كلامه .

واعلم أن الامتناع في هذه المسألة ليس هو لأجل التصريح في شهادته بالاستفاضة ، بل لأجل أنه لم يشهد بالمقصود وإنما شهد على جريان النسب، ثم نقل عن أبي عاصم ما نقل إشارة إلى أنه اكتفى فيه بالشهادة على النسب ،وحينئذ فتكون الشهادة على الاستفاضة أيضًا كافية تفريعًا على تلك المقالة ، وهذا كله غير خاف من كلامه، وأما التصريح بالاستفاضة عند الإتيان بالصيغة المعتبرة وهي لفظ الشهادة فليس في كلام الرافعي هنا تعرض له ، وقد صرح بجوازه في الكلام على البحث عن حال الشهود وهو قبيل الباب الثالث من أبواب القضاء وهو الباب المعقود للغائب فقال : وهل يشترط التعرض لذكر السبب كرؤية الجرح أو سماعه ؟

قال قائلون : نعم ، فلابد أن يقول : رأيته يزني ، وسمعته يقذف ، وعلى هذا القياس يقول في الاستفاضة : استفاض عندي .

وفي « الشامل » : أنه لا حاجة إليه ، وليس للحاكم ذلك كما في سائر الشهادات ، وهذا أقيس انتهى .

وحاصله جواز الإتيان بذلك وحكاية الخلاف في اشتراطه، فلو كان ذكره قادحًا لقدح في كل شهادة ، ونقل ابن الرفعة عن ابن أبي الدم: أن الشاهد إذا صرح في شهادته بالاستفاضة لا تقبل شهادته في أصح الوجهين، فكأن سببه أنه بمنزلة شهود الفرع مع شهود الأصل ، وقد ذكر الرافعي في الركن الخامس من كتاب الدعاوى في أثناء المدرك الثالث من مدارك ترجيح البينة فرعًا قريبًا منه، فقال : ولو شهد بملك ماض ولم يتعرض للحال لم يسمع في أصح القولين ، ثم قال : ويجوز أن يشهد بالملك في الحال اعتمادًا على الاستصحاب، فلو صرح في شهادته بأنه يعتمد الاستصحاب فوجهان ، قال الغزالي والأصحاب : لا تقبل كما لا تقبل

شهادة الرضاع على امتصاص الثدي وحركة الحلقوم ، وقال القاضى : تسمع لأنا نعلم أنه لا مستند له سواه هذا كلامه . وهو يقوي ما قاله ابن أبي الدم في الاستفاضة ولعله ذكر قياسًا عليه .

قوله : وذكر ابن كج :أنه لو دعي لأداء الشهادة عند أمير أو وزير، فعند ابن القطان لا يجب أداء الشهادة عندهما ، قال : وعندي يجب إذا علم أنه يصل به إلى الحق ، وحكى أبو الفرج وجهين في أنه هل يجب الحضور عند القاضي الجائر والمتعنت في أداء الشهادة ؟ فعلى عدم الوجوب تكون عدالة القاضي وجمعه للشروط المعتبرة شرطًا . انتهى .

أما الأولى: فقد جزم بالوجوب فيها أيضًا الماوردي والروياني ، وقال في «الروضة » من « زوائده » : إنه الأصح ، لكن ذكر ابن سراقة في تصنيفه في «أدب الشهود» : أن الأصح عدم الوجوب .

ذكر ذلك في باب بيان العلل المانعة من أداء الشهادة ، وجزم بنحوه أيضًا في « الروضة » في القضاء على الغائب في ضمن فرع من الطرف الثالث ، فقال : إن منصب سماع البينة يختص بالقضاة .

ونقله الرافعي عن « الوسيط » .

وأما الثانية : ففي « الروضة » من « زوائده » أن الأرجح هو الوجوب.

قلت : ونقله في « البحر » عن أصحابنا مطلقًا ذكره قبيل الكتاب الأول من الكتابين المعقودين للشهادات .

قوله : ويوافق هذا ما قيل أن المدعي لو قال للقاضي: لي عند فلان شهادة وهو ممتنع من أدائها فأحضره ليشهد ، لم يجبه القاضي لأنه فاسق بالامتناع بزعمه ، فلا ينتفع بشهادته . انتهى .

ينبغي أن تكون صورة المسألة ما إذا قال هو ممتنع بغير عذر ، وقد نبه

على ذلك في « الروضة » .

قوله : وحكى ـ أي البغوي ـ وجهين في ما إذا دفع شيئًا ليصرفه إلى نفقة الطريق والمركوب ، فهل له أن يصرفه إلى عرض آخر ويمشي راجلاً ؟ وهما كالوجهين في ما إذا دفع إلى فقير شيئًا فقال : اشتر به لنفسك ثوبًا ، هل له صرفه إلى غير الثوب ؟ والأشهر : الجواز انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » أيضًا على ذلك فصرح بأن الأصح في المسألتين جميعًا جوازه كما هو مقتضى كلام الرافعي ، لكن في مسألة الفقير تفصيل قد مر في كتاب الهبة فراجعه .

وقياسه أن يأتي في مسألة الشاهد أيضًا ، ثم إن مشى الشاهد من بلد إلى بلد مع قدرته على الركوب قد يكون خارمًا للمروءة قادحًا في قبول الشهادة ، فيظهر حينئذ امتناعه في حق من هذا شأنه .

قوله : ولو طلب الشاهد أجرة ليتحمل ، فإن لم يتعين: فله الأخذ، وإن تعين : فوجهان : أظهرهما : الجواز انتهى كلامه .

وأخذ الأجرة له شرط ، ذكره الشيخ عز الدين في « القواعد الكبرى » فقال : ولا يجوز أخذ الأجرة على تحمل شهادة يبعد تذكرها ومعرفة الخصمين فيها ، لأن باذل الأجرة إنما يبذلها على تقدير الانتفاع بها عند الحاجة إليها فيصير هاهنا آخذ الأجرة على شهادة لا يحل له أداؤها ، ذكر ذلك في الفصل المعقود لما يثاب عليه الشهود وهو نحو ثلث الكتاب .

قوله : ومقتضى قولنا أنه يطلب الأجرة إذا دعى للتحمل أن يطلب الأجرة إذا دعى للأداء سواء كان القاضي معه في البلد أم لا ، كما لا فرق في التحمل ، وأن يكون النظر إلى الأجرة مطلقًا لا إلى أجرة المركوب ونفقة الطريق خاصة ، ثم هو يصرف المأخوذ إلى ما يشاء، ولا يمنع من ذلك كون الأداء فرضًا عليه كما ذكرنا في التحمل مع تعينه على الأصح انتهى كلامه.

والبحث الذي ذكره الرافعي في تجويز أخذ الأجرة على الأداء قياسًا على التحمل ضعيف ، فقد فرق الماوردي وغيره بينهما بأن أخذ الأجرة في الأداء يوجب ريبة ، على أن الماوردي حكى وجهين فيما إذا كان ممتنعًا عن كسبه بالتحمل ، وجعل في أخذ الأجرة عليها ثلاثة أوجه :

ثالثها : يجوز على التحمل دون الأداء ، وقد ضعف في « الروضة » أيضًا مقالة الرافعي فقال : إنه ضعيف مخالف لكلام الأصحاب ، قال: فإن فرض من يحتاج إلى الركوب في البلد فهو محتمل ، والوجوب ظاهر .

قال رحمه الله: فصل في آداب التحمل والأداء منقولة من مختصر الصيمري

قوله : وإن أتى بكتاب أنشئ على مختلف فيه عند العلماء وهو لا يعتقده ، فهل يعرض عنه أو يشهد ليؤدي ويحكم الحاكم باجتهاده ؟ وجهان سبقا انتهى .

وأشار إلى وجهين مذكورين قبل هذا بنحو ورقة وهو قبيل القيد الخامس وليسا مطابقين لما هاهنا فتأمله .

قوله : وإذا قرأ الكتاب على المتبايعين مثلاً فقال : عرفتما ما فيه أشهد عليكما بما فيه ؟ فقالا : نعم . كفى للتحمل انتهى .

وما نقله عن الصيمري من جواز الشهادة عليه بقوله أشهد وأقره عليه ، قد تابعه عليه أيضًا النووي ، وفي صحة التحمل بذلك اضطراب سبق إيضاحه في الباب الثاني من أبواب الإقرار وفي باب أركان الطلاق فراجعه .

قوله : ويستحب الاستعانة بما يفيد التذكير كما ذكرنا في الباب الثاني من أدب القضاء .انتهى .

والتعبير بقوله : ويستحب أعني بالسين والحاء هو الصواب ، وقد رأيته بخط النووي في « الروضة » كذلك فاعلمه ، فإن كثيراً من النسخ يقع فيها التعبير بقولنا يجب من الوجوب وهو تحريف .

الباب الرابع
في الشاهد واليمين

قوله في أصل « الروضة » : يجوز القضاء بشاهد ويمين ، ولا يقضى بشهادة امرأتين ويمين في الأموال قطعًا . انتهى .

وليس كما قال من دعوى القطع ،بل فيه خلاف ذكره في كتاب الشفعة في أوائل الباب الثالث المعقود لما يسقط به حق الشفيع ، فقال : فصل : إذا أخر الطلب، ثم قال :أخرت لأني لم أصدق ،فإن أخبره عدلان أو عدل وامرأتان بطل حقه وفي النسوة وجهان بناء على أن المدعي هل يقضى له بيمينه مع امرأتين ؟ إن قلنا : لا ، فهو كالمرأة وإلا كالعدل الواحد ، ولم يدع الرافعي هنا أن الجواز مقطوع به .

قوله أيضًا في « الروضة » : ولو كان في يد رجل شخص يدعي أنه رقيقه فادعى آخر أنه كان له وأنه أعتقه وأقام شاهدًا وحلف ، أو رجلاً وامرأتين ، نص الشافعي ـ رحمه الله ـ أنه ينزع منه ويحكم بأنه عتق على المدعي بإقراره ، فمن الأصحاب من قال : في قبول هذه البينة والانتزاع قولان لأنهما شهادة تملك [متقدم] [1] ، والمذهب : القطع بالقبول والانتزاع كما نص عليه . انتهى كلامه .

والرافعي ـ رحمه الله ـ في « الشرحين » معًا لم يصرح بتصحيح شيء من الطريقين ، وإن كان قد صحح ما ذكره النووي من حيث الجملة .

قوله : ولو ادعى ورثة ميت دينًا أو عينًا لمورثهم وأقاموا شاهدًا واحدًا ، وامتنعوا من الحلف ، وعلى الميت دين فهل للغريم أن يحلف ؟ فيه قولان:

---

(١) في ب : مقدم .

الجديد : المنع . انتهى .

ومحل هذا الخلاف كما قال الفوراني : ما إذا لم يكن في التركة وفاء غير هذا الدين ، فإن كان لم يحلف قطعًا .

قوله : والقولان في هذه المسألة جاريان في ما إذا قد أوصي لإنسان ولم يحلف الورثة ، هل يحلف الموصى له ؟ فإن كانت الوصية بعين وادعاها في يد الغير ، فلا ينبغي أن يكون هذا موضع الخلاف ، بل يجوز لا محالة . انتهى .

وأشار بقوله في ما إذا قد أوصى لإنسان إلى الوصية بما ليس بعين كقوله: أوصيت له بمائة درهم ، فإنه حينئذ يكون نظير الدين المختلف فيه ، وما ذكره بعد وهي مسألة الوصية بالعين إذا أقام عليها شاهدًا واحدًا ولم يطلع فيها على نقل وقال : ينبغي أن يجوز للوارث فيها الحلف بلا خلاف، قد اختلف فيها الأصحاب كما حكاه الماوردي والروياني فبعضهم قال: يحلف قطعًا ، وبعضهم خرجها على القولين ، وقد ذكر الرافعي في كتاب القسامة فرعًا آخر له تعلق بهذا ، وهو ما إذا أوصى بعين في يد نفسه فادعاها شخص بعد موت الموصي ، ولم يقم على دعواه بينة ، فهل يحلف الوارث لتنفيذ الوصية ؟ قال :فيها احتمالان للإمام ، وقد تقدم الكلام عليه هناك .

قوله : فلو حلف بعضهم لم يشاركه في نصيبه من لم يحلف على المنصوص ، وما حكمه ؟ ـ يعني من لم يحلف ـ ينظر : إن كان حاضرًا كامل الحال ونكل ذكر الإمام : أن حقه يبطل بالنكول ،ولو مات لم يكن لوارثه أن يحلف ، وفي كتاب ابن كج ما ينازع فيه وقد يوجه بأنه حقه فله تأخيره . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » أيضًا ، والصحيح : أن حقه لا يبطل حتى يحلف هو ووارثه ، فقد قاله أيضًا القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وحكى

الإمام في موضع آخـر فيه وجهين ، وكذلك الغـزالي وجوزوا له على ذلك الوجـه أن يدعي به ثانيًـا ويحلف إذا ردت اليمين عـليه ، وقـد حكى ذلك جميعه ابن الرفعة في «المطلب» .

قـوله : قال الإمـام :ولو أقام الورثة شـاهدًا وحلف مـعه بعـضهم ومـات بعـضهم قـبل أن يحلف ونكل كان لـوارثه أن يحلف ، لكن هل يحتـاج إلى إعادة الدعوى ، والشاهد؟ فيه احتمالان، والأشبه :أنه لا يحتاج . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » أيضًا ومقتضاه : أنهما لم يقفا في المسألة على نقل ، وقد صرح الماوردي بالمسألة وجزم بما رجـحه الرافعي ، وقال الغزالي في «البسيط » : إنه الظاهر .

قـوله : ولو أقام بعـضهم شـاهدين على دين أو عين للمـورث فإنه يثـبت الجميع ثم ينتزع القاضي نصيب الصبي والمجنون ، وأما نصيب الغائب : فإن كان عينًا انتـزعها ، وكلام الأصحاب يقـتضي : أن هذا الانتزاع واجب وهو الظاهر ، لكن سـبق في باب الوديعـة أن الغـاصب لو حمـل المغصـوب إلى القاضي والمـالك غائب ففي وجـوب قبـوله وجهان ، فـيجـوز أن يعود ذلك الخلاف هنا مع قيام البينة . انتهى .

وهذه الصورة الـتي تكلم عليهـا هاهنا وهي ما إذا مات صـاحب العين ووارثه غائب ، فـقد ذكرها في أوائل باب استـيفاء القصـاص ، وجزم بأن القاضي يـنتزعهـا ، وعلله بأنه حفظ لحـق الميت ، ثم جعل مـحل الخلاف المحكي في انتزاع الحاكم في ما عدا هذه الصورة .

وإذا علمت مـا قاله هناك من التـفرقـة بين المسـألتين في الحكم والمعنى علمت أن البحث الذي ذكره هنا ذهول عما قرره هناك .

قوله في « الروضة » : وهل يثبت الوقف بـشاهد ويمين ؟ إذا قلنا الملك فيه لله تعالى : فيه وجهان أو قولان :

أحدهما : لا ، وبه قال المزني وأبو إسحاق [كالعتق] (١) ومال العراقيون إليه ونسبوه إلى عامة الأصحاب .

والثاني : نعم ، وهو المنصوص وصححه الإمام والبغوي ، وجزم به الغزالي وهو أقوى في المعنى . انتهى .

وما ذكره من جزم الغزالي به ليس كذلك ، فقد حكى في «البسيط» فيه وجهين ؛ ولهذا لم يذكره الرافعي ، وقد صرح الرافعي في « الشرح الصغير » بتصحيح الثبوت بالشاهد واليمين ، وعبر بالأظهر .

قوله : ولو مات عن بنين ، فادعى ثلاثة منهم : أن أباهم وقف عليهم هذه الدار ومن بعدهم على كذا ، وأنكر سائر الورثة ، وأقاموا شاهدًا وحلفوا معه .

إذا قلنا به ثم ماتوا أخذه البطن الثاني وقفا بلا يمين عند الجمهور ، فإن قلنا لابد من اليمين فكان الحق بعد البنين الثلاثة للفقراء [وكانوا] (٢) غير محصورين ، فهل يبطل الوقف وتعود الدار إرثًا أم تصرف إليهم بلا يمين ، أم تصرف إلى أقرب الناس [للواقف بناء] (٣) على أنه تعذر مصرفه كالوقف المنقطع ؟ فيه ثلاثة أوجه . انتهى .

قال في « الروضة » : الأصح : يأخذون بلا يمين وتسقط هنا لتعذرها ، ولا يبطل الوقف بعد صحته ووجود المصرف بخلاف المنقطع .

---

(١) في ب : كالعين .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

الباب الخامس
في الشهادة على الشهادة

قوله : وإنما يجوز التحمل إذا علم أن عند الأصل شهادة جازمة بحق ثابت ولمعرفته أسباب ثلاثة ..... إلى آخره .

اعلم أن الأصل إذا استدعى شاهدًا جاز لمن سمعه أن يشهد على شهادته، كذا قال ابن القاص ، وصححه في « الشامل » ، فهو إذن سبب رابع لم يذكره الرافعي ولا النووي .

قوله : وإن عرض بالأصل فسق أو عداوة أو ردة ثم زالت فهل للفرع أن يشهد بالتحمل الأول أم يحتاج إلى تحمل جديد ؟ عن ابن سريج أنه يحتاج وصححه الإمام ، وروى وجهًا آخر : أنه لا حاجة إليه ، وهذا قضية إيراد «التهذيب » انتهى .

والصحيح : هو الأول ، كذا صححه النووي في « الروضة » ولم ينبه على أنه من « زوائده » ، بل أدخله في كلام الرافعي فتفطن له ، ولم يصرح بالمسألة في « الشرح الصغير » ولا في « المحرر » .

قوله : ولو طرأ على الأصل جنون فقيل تبطل شهادة الفروع كالفسق ، والجمهور على أنه لا أثر له كالموت ، لأنه لا يوقع دينه في ما مضى ، ويجري الوجهان فيما لو عمي وأولى بأن لا يؤثر فيه ،لأنه لا يبطل أهلية الشهادة بالكلية ، ولو أغمى عليه قال الإمام :إن كان غائبًا : لم يؤثر ، وإن كان حاضرًا : لم يشهد الفرع بل ينتظروا لزواله ؛ لأنه قريب الزوال ومقتضى هذا أن يكون الجواب كذلك في كل مرض يتوقع زواله لتوقع زوال الإغماء انتهى كلامه .

اعتـرض النووي ـ رحمـه الله ـ على هذا البحث الذي ذكـره الرافعي، فقـال : قلت : ليس كـما قـال الرافعي ـ رحـمه الله ـ بل الصـواب : أن المرض لا يلحق بالإغمـاء وإن توقع زواله قريبًا ، لأن المريض أهل للشـهادة بخلاف المغمى عليه والله أعلم .

وهذا الاعتراض الذي ذكـره ـ رحمه الله ـ غلط ظاهر ليس فيـه ملائمة لبطلان ما يقوله الرافـعي ، بل يعضد ما يقـوله ويقويه ، لأن وجود الأصل وهو بصفـة الشهـادة لاشك أنه أقرب إلى عدم قـبول الفرع مـن الحالة التي يخرج فيها الأصل عن الأهلية بسبب لا تقصير فيه ، والمجنون الحاضر تقبل شهـادة فرعه ولا شك أن إلحـاق الإغماء [بالجنون أقـرب من إلحاق المرض الذي لا يزيل العـقل ، فإذا كنا ننتظر زوال الإغـماء] [١] لقـربه فـانتظار المريض القـريـب أولى ولاشك أنه يوهم أن مـراد الرافـعي بإلحـاق المرض بالإغماء إنما هو في بطلان شهادة فرعهما لتقدم الكلام فيه .

قوله : فإن شهد اثنان على شهـادة أصل وآخران على شهادة الثاني: جاز، ولو شهـد فرع على أصل و فرع آخـر على شهادة الأصـل الثاني: لم يصح ، ولم يذكروا فيه خلافًا ، ولو شهد فرعـان على شهادة الأصلين معًا ففي قبوله وجهان: أصحهما: الجواز . انتهى كلامه .

وما ادعاه من عدم الخلاف قد تبعـه عليه في « الروضة » وعبر بقوله لم يصح قطعًـا وليس الأمـر كذلك، فـقـد رأيت في « السلسلة » للشـيخ أبي مـحمـد الجويني في هذه المسـألة قـولين ، ونقلهمـا ابن أبي الدم في «أدب القضاء» عن الكتاب المذكور، ونقلهما أيضًا ابن الرفعة عن ابن أبي الدم .

قوله : وإذا قلـنا بأنه لا تجوز شهـادة الفرعين على شـهادة [الأصلين مـعًا فشهد أربعة على شهادة] [٢] الأصلين، فوجهان :أحدهما: المنع أيضًا لأنهم

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب .

جميعًا إذا قاموا مقام شاهد واحد لا يقومون مقام الثاني .

والثاني : يجوز ،لأنه قد شهد اثنان منهم على شهادة زيد واثنان على شهادة عمرو ،فلا يضر تعرض شهادة زيد لشهادة عمرو ، وبالعكس قال الإمام : وهذا هو الذي لا يجوز غيره . انتهى .

والصحيح : هو الجواز ، كذا صححه الرافعي في « الشرح الصغير »: وعبر بالأصح، والنووي في أصل « الروضة » : وعبر بالصحيح .

قوله : ومنها ـ أي ومن الأعذار المقتضية لسماع الفرع ـ الغيبة إلى مسافة القصر ، فإن كانت دون مسافة القصر فمنهم من أطلق وجهين منهم ابن القطان ، والأشبه : أنه إن كانت المسافة بحيث لو خرج الأصل بكرة لأداء الشهادة أمكنه الرجوع إلى أهله ليلاً لم تسمع شهادة الفرع ، وتسمى هذه مسافة العدوى ، وإن كانت بحيث لا يمكنه الرجوع فهو موضع الوجهين . انتهى.

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره هاهنا من كون مسافة العدوى هي التي يرجع فيها المبكر إلى أهله بالليل سواء كان في أوله أو وسطه أو آخره ، قد تابعه عليه في « الروضة » أيضًا وليس كذلك ،بل الضابط أن يرجع قبل الليل ، كذا ذكره الأصحاب ، وذكره هو أيضًا في كتاب النكاح في الكلام على سوالب الولاية ، ولم يحك فيه خلافًا وتبعه عليه في « الروضة » .

الأمر الثاني : أن ما ذكره النووي هنا تبعًا للرافعي من تصحيح القبول في ما فوق مسافة العدوى مسلم ، وأما المنع في مسافة العدوى فقد خالفه في « المنهاج » : فقال : وشرط قبولها تعذر أو تعسر الأصل بموت أو إغماء يسبق حضوره أو غيبة لمسافة عدوى ، وقيل : قصر . هذا لفظه ، وهو اختلاف عجيب .

وكلام الرافعي سالم منه ، فإنه صحح في « المحرر » أيضًا : أنها لا تسمع كما صحح في الشرحين فقال : والأظهر أن الغيبة إلى ما فوق مسافة العدوى كالغيبة إلى مسافة القصر ، هذه عبارة « المحرر » فسها - رحمه الله - في « اختصاره » .

وما ذكره النووي في « المنهاج » مشكل على مسائل :

منها : إذا دعي لأداء الشهادة في بلد أخرى ففي « الروضة » و«المنهاج» وأصلهما : أنه إن دعي إلى مسافة العدوى فهي قريبة يجب عليه الأداء ، وإن دعي إلى مسافة القصر فلا ، وكذا إن كان بين المسافتين على الأصح .

ومنها : أن الغائب إذا قلنا تسمع الدعوى عليه فشرطه أن يكون في مسافة بعيدة ، وضابط البعد على ما ذكره في الذهاب لأداء الشهادة قاله في «المنهاج» وغيره .

ومنها : إذا طلب من الحاكم إحضار غائب ، ففي « المنهاج » : أنه على هذا التفصيل ، فيقال للشيخ محيي الدين لم جعلت مسافة العدوى بعيدة في المسألة الأولى فقط وهي قبول شهادة الفرع وجعلتها قريبة في باقي المسائل ؟

ولو غاب الولي فوق مسافة العدوى ودون مسافة القصر، فالأصح: أنها كمسافة العدوى حتى لا يجوز للحاكم التزويج إلا بإذن ، وفرق « الرافعي » بوجهين :

أحدهما : أن الولي إذا زوج لم يحتج إلى الحضور بل يوكل بخلاف الشاهد .

الثاني : أن الخصم قد يهرب فيفوت الحق ، والنكاح لا يفوت غالبًا بهذا القدر من التأخير .

قوله في المسألة : وعبارة جماعة من الأصحاب : إن كان يلحقه مشقة

غليظة في المجيء إلى مجلس الحكم لم يكلف وسمعت شهادة الفرع ، وهذا يجوز أن يحمل على المشقة اللاحقة بالمجيء فيما فوق مسافة العدوى ، ويجوز أن يجعل أعم من ذلك ، وإلى الحمل الأول ميل ابن الصباغ . انتهى كلامه .

اعترض في « الكفاية » فقال: لم يمل ابن الصباغ إلى الأول ، بل نقل عن الشيخ أبي حامد كلامًا يقتضي أنه - أي أبا حامد - يميل إليه ، ثم إن الأول قد صرح به البندنيجي والشيخ في « المهذب » وغيرهما ، وكلام الماوردي يميل للمحمل الثاني .

قوله : ويلحق خوف الغريم وسائر ما تترك به الجمعة بالمرض ، هكذا أطلق الإمام الغزالي وليكن ذلك في الأعذار الخاصة دون ما يعم الأصل والفرع كالمطر والوحل الشديد . انتهى كلامه .

وما استدركه من إخراج العذر العام للأصل و الفرع من تجويز سماع شهادة الفرع بسببه ، قد تابعه عليه في « الروضة » ، ونقله أيضًا ابن الرفعة عنه خاصة وسكت عليه ، وهو تقييد باطل ووهم عجيب ، فإن مشاركة غيره له لا تخرجه عن كونه عذرًا في حق الفرع إلا إذا اشتركا في سبب يستحيل الحضور معه لا في ما يمكن مع المشقة ، فإن وجد المدعي من يتكلف ويؤدي الشهادة على الأصل في تلك الحالة سمعت ، ووجوده كبير خصوصًا عند إعطاء ما يرضى الشخص به ، وإن لم يجد ذلك كان المانع عدم وجود الفرع .

الباب السادس
في الرجوع عن الشهادة

قوله : وكذا الحكم لو شهدوا بالردة فقتل ، أو بزنا المحصن فرجم ، أو على بكر فجلد ومات منه ثم رجعوا ، وذكر أبو الحسين العبادي احتمالين في أنهم يرجمون أو يقتلون بالسيف ؟ ، والأظهر : الأول . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن في هذين الاحتمالين وجهين للأصحاب ونقلهما من هو أقدم من العبادي المذكور وهو القاضي الحسين ونقلهما عنه ابن الرفعة في «الكفاية» و « المطلب » ، وقد سبق ذكرهما أيضًا من كلام الرافعي في باب استيفاء القصاص لكن في مثال آخر .

الأمر الثاني : أن الاحتمال الذي صححه الرافعي وهو كونه يرجم ، قد جزم به البغوي في « فتاويه » ، وهو لا يوافق القواعد المقررة في كتاب القصاص لأن شرط الاقتصاص بالحجر معرفة موضع الجناية وقدر الحجر وعدده كما أوضحوه في موضعه ، والمرجوم في الزنا لا تنضبط [هذه الأمور في حقه قطعًا ، ولو فرضنا أنها انضبطت فهي لا تنضبط] (١) أيضًا في حق الشاهد حتى يرجم فيتعذر القصاص بما فعل ، وتعين أن يكون الصواب هو الانتقال إلى السيف ، وقد سبق في باب استيفاء القصاص تعرض للمسألة ، وهذه المسألة ذكرها الرافعي في آخر الباب فنقلها النووي إلى هنا فتابعته عليه .

قوله : ولو رجع الولي مع الشهود فوجهان :

---

(١) سقط من أ .

أحدهما : أن القصاص أو الدية بكمالها على الولي ، لأنه المباشر وهم معه كالممسك ، وهذا أظهر : عند الإمام .

والثاني : وهو الأصح عند صاحب « التهذيب » : أنهم معه كالشريك انتهى كلامه .

لم يصحح شيئًا في « الشرح الصغير » أيضًا ولا في « المحرر »، فإنه قال ـ فيه أعني في « المحرر » ـ : رجح كلام كلاً منهما مرجحون .

والأصح : هو الأول ، كذا جزم به الرافعي في أوائل الجنايات في الكلام على القتل بشهادة الزور ، وقال في « الروضة » من « زوائده » هنا: إنه الأصح نقلاً ودليلاً .

قوله : ولو رجع الشهود بعد القتل وقالوا : أخطأنا ، وكان الجاني أو الزاني غيره ، فلا قصاص وتجب الدية .

قال الإمام :وقد يرى القاضي والحالة هذه تعزير الشهود لتركهم التحفظ . انتهى كلامه .

وما اقتضاه كلام الإمام من جواز التعزير ، وتابعه عليه الرافعي والنووي قد ذكره أيضًا الغزالي في « البسيط » و « الوسيط » وعبر بالعبارة المنقولة عن الإمام ، والمعروف : عدم التعزير على خلاف ما قالاه ، فقد جزم به القفال والقاضي أبو الطيب في آخر الباب من « تعليقته » والبندنيجي في «تعليقته » أيضًا ، وابن الصباغ في « الشامل » والبغوى في « التهذيب » والروياني في « البحر » وأبو نصر البندنيجي في «المعتمد » والقاضي مجلي في « الذخائر » .

نعم ذكر الرافعي في أول الباب : أن شهود الزنا إذا رجعوا وقالوا: أخطأنا يحدون على الصحيح لما فيه من التعبير وكان حقهم أن يثبتوا ، قال: وعلى هذا فترد شهادتهم،والفرق ما أشار إليه الرافعي من التعبير بالرمي من

الزنا ولهذا وجب فيه الحد بخلاف نسبته إلى القتل ونحوه من الكبائر .

قوله : وقول «الوجيز» : ولو قال :تعمدت ولكن ما علمت أنه يقتل بقولي هذا يدخل فيه ما إذا قال :لم أعلم أنه يقتل بما شهدت عليه بل ظننت أنه يحبس أو يؤخذ منه المال ،وهي الصورة التي ذكرناها وفرقنا بين أن يكون قريب العهد بالإسلام أو بعيداً ،أو يدخل في ما إذا قال: لم أعلم أنه يقتل بقولي ؛لأنني ظننت أنني أجرح بأسباب تقتضي الجرح ، ويمكن أن يجعل هذا خطأ . انتهى كلامه .

واعلم أن **الصورة الأولى** : وهي ما إذا ظن الحبس ونحوه ، قد صرح بها قبل ذلك ، وصحح أن القصاص لا يجب فيها ، بل الواجب فيها دية شبه العمد .

وأما الصورة الثانية : وهي ما إذا ظن الجرح فقد اقتضى كلامه أنها أولى بعدم وجوب القصاص مما قبلها فإنه أدرجها في كلام الغزالي ،ومال إلى أنها من صور الخطأ لا من شبه العمد ، وهذه الصورة قد حذفها من « الروضة » فلم يذكرها بالكلية ، والحكم الذي ذكره فيها الرافعي مشكل ، وذكر في «الشرح الصغير » قريبًا مما ذكره في « الكبير » .

قوله : فرع : قال أبو الحسين ابن القطان : لو رجع الشهود وقالوا: أخطأنا [وادعوا أن العاقلة تعرف أنهم أخطأوا و] [1] عليهم الدية ، فقالت العاقلة : لا نعلم ، ليس للشهود تحليفهم وإنما تطالب العاقلة إذا قامت البينة. قال ابن كج : [ويحتمل] [2] أن يقال : لهم تحليفهم لأنهم لو أقروا غرموا . انتهى كلامه .

واعلم أن الجاني إذا اعترف بالخطأ أو شبه العمد وكذبته العاقلة فله

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

تحليفهم على نفي العلم كذا جزم به الرافعي في باب العاقلة فيكون الصحيح خلاف ما قاله ابن القطان ، فإن الشاهد فرد من أفراد ما دخل هناك في كلامه فاعلمه .

قوله : أما إذا شهدوا بطلاق رجعي ، ثم رجعا، نظر: إن راجعها : فلا غرم إذا لم يعنت عليه بشهادتهما شيء ، وإن لم يراجعها حتى انقضت العدة: التحق بالطلاق البائن ووجب الغرم ، هكذا ذكره صاحب « التهذيب » ، وحكى أبو الفرج السرخسي عن القاضي الحسين وجهًا : أنه لا غرم إذا لم يراجع لتقصيره بترك التدارك ، وأطلق « ابن كج » وجهين في أن الشهادة على الطلاق الرجعي والمرجوع عنها هل تقتضي غرمًا ؟، ومال إلى المنع؟ وحكاه عن ابن أبي هريرة ، فإن أوجبنا فغرموا ثم راجعها الزوج ، فهل عليه رد ما أخذ ؟ فيه احتمالان ذكرهما أبو الحسن العبادي ، زاد النووي فقال : الصواب : الجزم بالرد والله أعلم .

فيه أمور :

أحدها : أن الغرم له ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يكون بعد الرجعة .

والثاني : قبلها وبعد انقضاء العدة .

والثالث : أن يكون قبل الرجعة وقبل انقضاء العدة أيضًا .

والذي دل عليه كلام الرافعي فإن البغوي ساكت عن هذا القسم الثالث وهو كذلك ،فإنه قال : ولو شهدا على طلاق رجعي ثم رجعا بعد الحكم ، فإن لم يراجعها الزوج حتى انقضت العدة : يجب المهر على الشهود ، فإن راجعها : فلا غرم ، هذه عبارته .

وإذا علمت ذلك فقد ذكر القاضي الحسين في « تعليقته » هذا القسم ،

وأجاب فيه بالغرم ، فقال ما نصه : فإن شهدوا بالطلقة الرجعية ثم رجعوا يحتمل أن يقال: لا يغرمون شيئًا راجعها أم لم يراجعها ،لأنهم ما أزالوا الملك بل الزوج أزاله بترك المراجعة ، والظاهر: وجوب الغرامة لقول الشافعي في «المختصر » لأنهم حرموه عليه ثم ينظر : إن راجعها: فيستردون الغرم من الزوج ، وإن لم يراجعها: استقر الغرم على الشهود . هذا كلامه.

ذكره في أثناء فرع أوله : قد ذكرنا أن الشهود ، وقد أعلمتك في أول الكتاب أن « التهذيب » ملخص من هذه التعليقة التي هي لشيخه وخلاصتها فلما لخص البغوي هذه المسألة عبر بعبارة قاصرة .

ثم على ما قاله القاضي إذا غرمهم في العدة ، ثم قبل انقضائها مات الزوج أو ماتت المرأة أو طلقها طلاقًا بائنًا فلا استرداد ، وكلامه يشير إليه أيضًا .

الأمر الثاني : أن تعبير الرافعي بقوله : وحكى السرخسي عن القاضي الحسين وجهًا أنه لا غرم ، لا يعلم منه هل هو ناقل له أو قائل به ؟ وقد ظهر لك انتفاء كل منهما ، وإنما نسبت إليه كنسبة قولين للشافعي ذكرهما في وقت واحد ، ورجح أحدهما على الآخر .

الأمر الثالث : أن النووي ـ رحمه الله ـ قد اختصر كلام الرافعي بقوله: ولو شهدا بطلاق رجعي ، ثم رجعا فلا غرم إذا لم يفوتا شيئًا ، فإن لم يراجع حتى انقضت العدة التحق بالبائن ووجب الغرم هذه عبارته ، فأوجب الرجوع في القسم الثالث مع أن الرافعي لم يذكره وزاد على ذلك فصححه، ووقع في « الكفاية » لابن الرفعة هذا الغلط أيضًا وقد نبهت عليه في «الهداية إلى أوهام الكفاية » ولم يصحح الرافعي أيضًا شيئًا في هذه المسألة من « الشرح الصغير » ، ولم يذكرها في « المحرر » ، وحكى الروياني في « البحر » في المسألة طريقين : حاكية لوجهين، وقاطعة بعدم الرجوع ،

وصحح الطريقة القاطعة ، وجزم أيضًا أبو نصر البندنيجي في « المعتمد » : بأنه لا يرجع ، وأما غير من ذكرناه فقل من تعرض في المسألة لتصحيح .

فائدة : يتلخص مما حكاه الرافعي في الرجعية أربعة أوجه ، وإن كان بعضها احتمالات فإن احتمالات أصحاب الوجوه وجوه ، ويؤخذ تعليل جميعها من كلامه :

أحدها : يغرمهم الزوج من حين الرجوع ، وتستقر الغرامة لأنه إن لم يراجع فقد حصل التفويت ، وترك السعي فيه غير مانع كترك المداواة في الجراحة ، وإن راجع فقد حصل نقصان العدد فأشبه الطلاق البائن إذا حصل بعد التجديد ، وهذا الوجه قد ضعفه النووي .

والثاني : لا يغرمون أصلاً ، لأنه إن راجع : فلم يفت عليه شيء بخلاف تجديد النكاح فإنه لابد فيه من الرضى وبذل المال ، ومجرد تبعيض العدد لا يقابل بالعوض ، وإن لم يراجع : فهو المفوت على نفسه ، وليس كترك المداواة فإن حصول أثرها مظنون بخلاف رجعة الزوج .

والثالث : لا يغرمهم إلا إذا انقضت العدة ، ولم يراجع وهو ما صححه النووي .

والرابع : يغرمهم من حين الرجوع ، ولكن إن راجع فيستردون ويعرف تعليل هذين مما سبق .

وإذا اختصرت فقل :

أحدهما : يغرمهم وتستقر الغرامة .

والثاني : يغرمهم ولكن إذا راجع فيستردون منه .

والثالث : يغرمهم ولكن عند انقضاء العدة بدون رجعة .

والرابع : لا يغرمهم مطلقًا .

قوله : وإن زادوا عن الحد المعتبر بأن شهدا بالحد أو القتل ثلاثة أو بالزنا

خمسة ، فإن راجع الكل فالغرم يوزع عليهم بالتسوية وإن رجع البعض فإن ثبت العدد المعتبر فوجهان ، ويقال قولان ، أصحهما وبه قال الإصطخري وابن الحداد: أنه لا غرم على الراجع ، لأنه نفى من تقوم به الحجة ، قال في «التهذيب» : ولا خلاف أن القصاص لا يجب والحالة هذه ، لكن في «الفروق» عن القفال وجوبه [انتهى ملخصًا .

وما نسبه هنا إلى ابن الحداد من عدم التغريم خلاف مذهبه] (١) فإن الذي قاله إنما هو الوجه الثاني ، كذا رأيته في فروعه [في مسألة ما إذا شهد بالقتل ثلاثة فرجع واحد ، وصرح أيضًا في فروعه] (٢) بوجوب القصاص كما نقل عن القفال .

قوله : وهل يتعلق الغرم بشهود الإحصان مع شهود الزنا ، وبشهود الصفة مع شهود تعليق الطلاق والعتق؟ فيه وجهان في رواية جماعة منهم: المحاملي، وصاحب « التهذيب » ، وقولان في رواية آخرين منهم: الإمام وصاحب «الكتاب» والروياني ، والصحيح على ما ذكره صاحب «التهذيب»: أنه لا غرم عليهم انتهى ملخصًا .

فيه أمران :

أحدهما : أن الرافعي في « الشرح الصغير» والنووي في أصل «الروضة » قد رجحا أن الخلاف وجهان .

الثاني : أن الرافعي لما لم يقف على ترجيح إلا للبغوي ، تابعه عليه في « المحرر » : وعبر بالأظهر ،وصرح أيضًا بموافقة أتباعه لصاحب « الحاوي » والنووي في أصل « الروضة » وغيرها ، والمعروف ، هو الغرم ، فقد صححه الماوردي في « الحاوي » و الجرجاني في «الشافي» وأبو نصر

(١) سقط من ب .
(٢) سقط من ب .

البندنيجي في «المعتمد» .

قوله في المسألة : وإذا قلنا يتعلق الغرم برجوعهم فيعتبر نصاب الشهادتين حتى يكون ثلثا الغرم على شهود الزنا وثلثه على شهود الإحصان، وقيل : يجب عليهما نصفين ، ثم قال ما نصه : ولا يجيء في شهود الصفة إذا علقنا الغرم برجوعهم إلا التنصيف . انتهى كلامه .

وما ذكره في آخر كلامه من أنه لا يتصور فيه إلا التنصيف تابعه عليه في « الروضة » أيضًا ، وليس [كذلك فقد تكون الصفة لا تثبت إلا بأربعة كالزنا فينعكس الحكم فيكون الثلثان] [1] على شهود الصفة والثلث على شهود التعليق .

---

(١) سقط من أ .



كتاب الدعاوى والبينات

وفيه خمسة أركان :

الأول في الدعوى

قوله : وحيث جوزنا لصاحب الدين أن يأخذ من مال المديون المنكر أو المماطل ، نظر : إن كان المأخوذ من جنس حقه فله تملكه . انتهى .

تابعه في « الروضة » على التعبير بأنه له التملك ومقتضاه أنه لا يملكه بمجرد الأخذ وكلامه في أول المسألة الثالثة من هذه المسائل يدل عليه أيضًا تقليدًا في التعبير لصاحب « البحر » ، وليس كذلك .

ووجهه : أن هذا الفعل إنما يجوز لمن يقصد أخذ حقه بلا شك ؛ ولهذا قال صاحب « البحر » وغيره: لو أخذه ليكون رهنًا عنده بحقه لم يجز وكان ضامنًا بلا خلاف ، وإذا وجد القصد مقارنًا للأخذ كفى ولا حاجة إلى اشتراطه بعد ذلك؛ولهذا عبر الإمام بقوله :فإن قصد أخذه عن حقه ملكه .

وعبر في « التهذيب » بقوله : فإذا أخذ جنس حقه تملكه .

نعم هل يشترط التلفظ أم لا ؟ يحتمل تخريجه على الملتقط إذا عرف ومضى الحول، واختار التملك ،والصحيح فيه :عدم الاشتراط .

قوله : وإن أخذ من غير جنس حقه فوجهان :

أحدهما : أنه يرفع الأمر إلى القاضي ليبيعه .

وأصحهما عند العراقيين والروياني والعبادي : أنه يستقل ببيعه ، ثم قال ما نصه : وبه أجاب صاحب « التهذيب » ، ولكن فيما إذا كان القاضي جاهلاً بالحال ولا بينة للآخذ ، فإن كان عالمًا : فظاهر المذهب أنه لا يبيعه إلا بإذنه . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحـدها : أن تعبيره في آخره بقـوله فظاهر المذهب كذا وكذا هو من تتمة كلام البغوي ،كذا رأيته في « التهذيب » بهذه العبارة بعينها .

وإذا علمت ذلك فيحتمل أن تكون مقالة البغوي استدراكًا لما تقدم، وأن يكون إطلاق من أطلق محمولاً ، ويحتـمل أن تكون حكاية لمقالة مرجوحة والأول باق على عمومـه كما هو الغالب في استـعمالهم ، والأول هو المراد على ما أفـاده كلام الرافعي في « المحـرر » و « الشرح الصغيـر » ، فإنه لم يثبت فيهـما هذه المقالة بالكلية ، وحذفها وحذف الوجـوه المرجوحة ، وقد حمل في «الروضـة » ذلك على الاحتمال الأول حمـلاً بلا دليل ، فإنه لم يحك وجهًـا بل جزم به ، ويدفعه ما تـقدم ، ثم إنه عبر عن قـول البغوي وظاهر المذهب بقـوله والمذهب ذهولاً عـن اصطلاحـه في التعـبيـر به عن الطريقين وهو غريب .

الأمر الثـاني : أن قول الرافـعي : ولا بينة له ، لم يتكلم هو ولا النووي على مفـهوم هذا القيـد ، وهكذا وقع في « التهذيب » أيضًـا ، وكان حق التقسيم أن يقول : فإن كان عالمًا أو له بينة .

لكن قد ذكر الرافعي أن المنكر إذا كانت عـليه بينة يجوز الأخذ من ماله بلا مرافعة إلى الحاكم على الصحيح لما في المرافعة من المشقة والمؤنة وتضييع الزمان ، وهذا المعنى قد يوجد في البيع أيضًا .

الأمر الثالث : أن إطلاق القول بجواز الأخذ من غير الجنس محله إذا لم يجد أحـد النقدين ، فـإن وجده تعين ولم يعـدل إلى غيره ، كـذا نقله في «المطلب» عن المتولي وارتضاه ولم ينقل غيره وهو واضح .

الأمـر الرابع : كما يجوز للظافر أن يبيع بنفسه ، يجوز له أن يوكل فيه، كذا أطلقه النووي من « زوائده » في آخر تعليق الطلاق .

قوله : وبنى الشيخ أبو محمد الخلاف على الخلاف في أن ملتقط اللقيط هل يستقل بالإنفاق على اللقيط من ماله أم يرفع الأمر إلى القاضي ؟ ويحكى مثل هذه عن القفال ، لكن المذكور في باب اللقيط ، أنه لا يستقل بالإنفاق من غير تعرض لخلاف ، وإنما الخلاف في أنه هل يستقل بالحفظ؟ . انتهى كلامه .

وما ادعاه من نفي الخلاف في باب اللقيط عن استقلال الملتقط بالإنفاق غريب ، فقد ذكر الرافعي هناك وجهًا موافقًا لكلام الشيخ أبي محمد والقفال هنا ، فإنه حكى وجهًا :أنه إن فعله فلا ضمان عليه كما سبق ذكري له في موضعه، وهذه العبارة مرادفة لجواز الإنفاق ولهذا عبر هنا بقوله :

وإنما الخلاف في أنه هل يستقل بالحفظ ؟ ولو استحضر ذلك الخلاف وكان مغايرًا للجواز لكان ذكره أقرب ، ولكان يرد عليه أيضًا في دعواه حصر الخلاف في الحفظ .

قوله : ثم إذا باع ، فإن كان الحق من جنس نقد البلد بيع المأخوذ به ، وإن لم يكن بأن ظفر بثوب والدين حنطة بيع الثوب بنقد البلد ثم يشتري به حنطة ، وحكى الإمام عن محققي الأصحاب : أنه لا يجب هذا التوسط ، بل يجوز أن يشتري الحنطة بالثوب . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن إطلاقه النقل عن المحققين تبعه عليه في « الروضة » أيضًا وليس بصحيح ، بل عبر الإمام بقوله : وقد ذهبت طائفة من محققينا إلى الجواز وهذا متجه حسن هذه عبارته .

والطائفة قيل : أقلها واحد، وقيل: اثنان، وقيل: ثلاثة .

الأمر الثاني : أن ما رجحه هاهنا من امتناع البيع بغير نقد البلد قد سبق في الفلس ما يوافقه، فقال: يجب على القاضي أن يبيع مال المفلس بنقد

البلد حـالاً ، ثم إن كـانت الديون من غـيـر جنس ذلك النقـد ولم يرض المستـحقون إلا بجنس حـقهم فيحـصل به ذلك الجنس ، فإن رضوا صـرفه إليهم إلا أن يكون سلمًا .

إذا علمت ذلك فقد خالف في كتاب الرهن في الكلام على بيع العدل، فقال : ولو رأى الحـاكم أن يبيعه بجنس حق المرتهن جـاز ، وذكر مثله في أول الباب الثاني من أبواب الوكالة .

قوله : وهل يكون المأخوذ مضمـونًا على الآخذ حتى إذا تلف قبل البيع أو التملـك يتلف من ضمانه أم لا ؟ فـيه وجـهان : أقواهمـا : نعم ، وهو الذي أورده الصيدلاني والإمام . انتهى .

ومحل الخلاف إذا تلف قبل التمكن من البيع ، فإن تمكن منه فلم يفعل كان ضامنًا بلا خلاف .

كذا ذكره الماوردي في « الحاوي » والروياني في « البحر » .

قولـه : وإن لم يظفر إلا بمتـاع قيـمته علـى قدر حقـه ، فإن قلنا : لـو كان المأخوذ قـدر حقه لا يكون مـضمونًا عليـه فكذلك الزيادة ، وإن قلنا : يكون مضمونًا عليه ، ففي الزيادة وجهان :

أرجحهما على ما يقتضيه نظم الكتاب : المنع . انتهى .

والراجح : هو عدم الضمان ، فقد قال الرافعي في « الشرح الصغير» : إنه أرجح الوجهين ، والنووي في « الروضة » : إنه الأصح ، ولم ينبه على أنه من «زوائده » بل أدخله في كلام الرافعي فتفطن له .

قوله : وإن استحق المكسر وظفر بالصحاح حكى الإمام فيه طريقين .

أحدهما : جواز الأخذ لاتحاد الجنس .

الثـاني : أنه عـلـى الخـلاف المذكـور في مـا إذا ظفـر بغـيـر الجنس ، لأن اختلاف العرض باختلاف الصفات كاختلافه باختلاف الأجزاء . انتهى .

لم يرجح شيئًا في « الشرح الصغير » أيضًا .

وفيه أمران :

أحدهما : أن الصحيح : هو الطريقة الثانية ،كذا صححها الإمام وعبر بالأصح ، والعجب من حذف الرافعي لهذه الزيادة من كلام الإمام .

الثاني : أن النووي قد صحح في « الروضة » : الطريقة الأولى ولم ينبه على أنه من « زوائده » بل أدخله في كلام الرافعي فقال : المذهب جواز الأخذ لاتحاد الجنس ، وقيل : فيه الخلاف في اختلاف الجنس هذا لفظه فتفطن له .

قوله : فرع :كما يجوز الأخذ من مال الغريم الجاحد أو المماطل يجوز الأخذ من مال غريمه، بأن يكون لزيد على عمرو دين ولعمرو على بكر مثله: يجوز لزيد أن يأخذ من مال بكر ماله على عمرو، ولا يمنع من ذلك رد عمرو وإقرار بكر له ولا جحود بكر استحقاق زيد على عمرو . انتهى .

واعلم أن الأخذ وإن كان جائزًا لكن الدعوى به لا تسمع كما ذكره الرافعي في كتاب الفلس ، ونقله أيضًا هنا عن تصحيح القاضي الحسين . ذكر ذلك في الكلام على تعارض البينتين في المدرك الثالث من مدارك الترجيح فقال : فرع : المشتري من المشتري إذا استحق المال في يده وانتزع منه ولم يظفر ببائعه هل له أن يطالب الأول بالثمن ؟ في فتاوى القاضي الحسين » : الأصح : أنه لا مطالبة .

قوله : فرع : آخر جحد دينه وله عليه دين بصك آخر قد قبضه وشهود الصك لا يعلمون القبض ، قال القاضي أبو سعد: يدعي ذلك ويقيم البينة ويقتضيه بدينه الآخر ، وفي فتاوى القفال : أنه ليس له إقامة أولئك الشهود، لأنهم لو شهدوا فاستحلفه على بقائه لم يكن له أن يحلف ، وذلك يدل على أن ما يشهدون به غير ما يدعيه . انتهى .

والصحيح قول أبي سعد كذا قاله في « الروضة » من « زوائده » .

قوله : وفي حـد المدعي قولان :أحدهمـا :أن المدعي من المتخـاصمين هو الذي إن سكـت خلي ولم يطالـب بشيء ،والمدعي عـليـه مـن يوافق قـوله الظاهر، فإن ادعى زيد دينًا في ذمة عمرو أو عينًا في يده وأنكر فزيد هو الذي لو سكت ترك وهو الذي يذكـر خلاف الظاهر، لأن الظاهر براءة ذمة عـمرو وفـراغ يده عن حق الغيـر ، وعـمرو هو الذي لا يتـرك وسكوته يوافق قـوله الظاهر فـزيد مـدع بموجب العـبـارتين وعمـرو مـدعى عليـه ، ولا يخـتلف موجبهـما في الأغلـب ،وقد يختـلف كمـا إذا أسلم الـزوجان قبل المسيس واختـلفا فقال الزوج :أسلمنا مـعًا فالنكاح باق بيننا ، وقالت المرأة : بل على التعاقب ولا نكاح بيننا ، فإن قلنا : المدعى من لو سـكت لترك فالمـرأة المدعية والزوج مـدعى عليه ،لأنه لا يتـرك لو سـكت ، فإنهـا تزعـم انفسـاخ النكاح فـتحلف ويحكم باسـتمـرار النكاح إذا حلف، وإذا قلنا: المدعى من يخـالف قوله الظاهر والـزوج هو المدعـي ؛ لأن التـساوي الذي يزعمه خلاف الظاهر والمرأة مـدعى عليهـا لموافقـتـها الظاهر فـتحـلف وإذا حلفت حكم بارتفـاع النكاح . انتهى .

وما ذكره في آخر كلامه من فائدة الخلاف فيه نظر، فإنه إذا ادعى عليها استـحقاق دوام التـمكين بحكم دعواه، فـإنها لا تخلى وسكوتهـا ، وكأن الكلام مـفروض في مـا إذا ادعت عليـه رفع يده عنها بـحكم التعـاقب في الإسـلام ويتعين ذلك ليـكون في كل جانب أحـد المعنيين ، وإلا فلو كـان الزوج مدعيًا لكان يجتـمع في حقه الوصفان كونه مدعيـا أمرًا خفيًا ويخلى وسكوته ،وهذا كمـا إذا ادعى زيد دينًا على عمرو فقـد اجتمع فـيه الأمران كونه يخلى وسكوته ، وكـون دعواه تخالف الظاهر ، وعـمرو هو الذي لا يترك لو سكت ويوافق قوله الظاهر، لـكن مجيء القولين ممكن في الطرفين بمعارضة الأصل والظاهر كيف ما فـرض سواء ابتدأ الزوج أم لا ،وحينئذ لا

دلالة في ذكر القولين على الاستنباط المذكور، لأن مأخذ الخلاف حاصل في الطرفين، بل ظاهر كلامهم :أن التصوير في ما إذا ابتدأ الزوج بالدعوى ، فكان ينبغي أن لا يجيء خلاف والحالة هذه لوجود المعنيين فيه .

قوله في المسألة : ولو قال الزوج : أسلمت قبلي ولا نكاح ولا مهر ، وقالت : بل أسلمنا معًا وهما بحالهما .

فقوله في الفراق لم يلزمه ، وأما في المهر فالقول قول الزوج ، إن قلنا: المدعي عليه [من يوافق قوله الظاهر لأن التعاقب الذي مدعيه هو الظاهر ، وقول المرأة إن قلنا :المدعى عليه] [1] من يترك لو سكت، لأنها لا تترك بالسكوت ، إذ الزوج يزعم سقوط المهر فإذا سكتت ولا بينة جعلت ناكلة وحلف الزوج ويحكم بالسقوط . انتهى كلامه .

وهذا الذي ذكره الرافعي ـ رحمه الله ـ مشكل ، لأنها إن لم تكن قبضت المهر : فهي مدعية على كلا القولين ، وإن كانت قد قبضته : فالزوج مدعي به وهو يخلي وسكوته وهي مدعية ، إن قلنا : المدعي من يدعي خلاف الظاهر .

قوله : وإذا ادعى ولم تقل للقاضي : مره بالخروج عن حقي أو سله جواب دعواي ، فهل يطالبه القاضي ؟

فيه وجهان : أظهرهما عند ابن الصباغ : نعم ، للعلم بأنه الغرض من الحضور ، وأصحهما عند القاضي أبو سعد :لا . انتهى كلامه .

وهذه المسألة قد اختلف فيها كلام الرافعي ، وقد تقدم ذلك مبسوطًا في الباب الثاني من أبواب القضاء في أوائل الفصل الثالث المعقود للتسوية فراجعه .

قوله : وإذا قامت البينة على المدعى عليه فادعى إبراء أو أداء في الدين أو

---

(١) سقط من أ .

بيعًا أو هبة أو إقباضًا في العين ، وأسنده إلى ما قبل الشهادة ، فإن لم يحكم القاضي حلف المدعي على نفيه ، وإن حكم فوجهان ، ذكر في «التهذيب» أن الأصح : عدم التحليف . انتهى .

والصحيح : ما صححه البغوي فقد صححه الرافعي في «الشرح الصغير» والنووي في « أصل الروضة » .

قوله : ولو قال : إن الشهود فسقة والمدعي يعلم ذلك فهل له تحليفه أنه لا يعلم ؟ وجهان طردوهما في كل صورة ادعى فيها ما لو أقرّ به الخصم لنفعه بأن قال للمدعي عليه : إنك قد أقررت لي بكذا ، أو قال وقد توجهت عليه الدعوى : إن المدعي حلفني مرة ، وأراد تحليفه ، ويشبه أن يكون الأصح : أن له التحليف ، لكن ذكر البغوي : أن الأصح : عدم التحليف إذا ادعى فسق الشهود أو كذبهم .انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن هذه المسألة قد تعارض فيها بحث الرافعي مع تصحيح البغوي ولم يطلع الرافعي على تصحيح صريح إلا للبغوي مع أنها قد نص عليها الشافعي في « البويطي » ، فقال : وإن أراد المشهود عليه أن أحلفه أنها في ملكه أحلفته ، ولا يحلفه على أن المشهود شهدوا الحق ، ثم قال عقبه من غير فاصل : وكلما ادعى عليه سوى هذا أحلفته له مثل أن يقول: غصبنيه أو باعنيه ، أو قد علم أن الشهود شهدوا بغير الحق أحلفته على علمه في الشهود أنهم لم يشهدوا بباطل وعلى البت في ما سوى ذلك هذا لفظه بحروفه ، ومن « البويطي » نقله ، وحينئذ تعين أن يكون الجواز في باقي الأمثلة كذلك .

الأمر الثاني : أنه قد أطلق محل الخلاف في التحليف ، ومحله إذا ادعى التحليف عند قاض آخر فإن قال للقاضي : إن حلفني عندك مرة ، فكلام

الرافعي بعد هذا قبيل الكلام على النكول بقليل مشعر بأنه لا يحلفه .

قوله : ولو قال المدعي عليه بعد قيام البينة : إنه قد أبرأني عن هذه الدعوى، فهل يسمع لدعواه ليحلف المدعي ؟ فيه وجهان : المذهب منهما على ما ادعاه الروياني: أنه يجاب لأنه لو أقر أنه لا دعوى عليه برئ .

واختيار القفال: أنه لا يحلف وهو الذي أورده صاحب « الكتاب » لأن الإبراء عن نفس الدعوى لا معنى له إلا بتصوير وصلح على الإنكار وإنه باطل . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » أيضًا ، والصحيح : الثاني فقد قال الرافعي في « الشرح الصغير » : إنه أظهر الوجهين .

قوله : وإن شرطنا التفصيل في دعوى النكاح والشهادة به وهو الصحيح ففي الإقرار وجهان في « الوسيط » : أظهرهما : الاكتفاء بالإطلاق .

والفرق : أن المقر لا يقر إلا عن تحقيق وتثبيت . انتهى كلامه .

وهذا الذي صححه هنا قد ذكر ما يخالفه في كتاب النكاح في الركن الرابع ، ووقع هذا الاختلاف في « الروضة » أيضًا على وجه أشد مما وقع في الرافعي ، وقد تقدم إيضاحه في النكاح فراجعه .

قوله : ولو ادعت أنها زوجته فأنكر فليس لها أن تنكح غيره ، إذا لم نجعل الإنكار طلاقًا إلى أن يطلقها أو يموت .

قال في « التهذيب » : أو ينسخ بإعساره أو لامتناعه إذا جعلنا الامتناع مع القدرة ممكنًا من الفسخ وليكن هذا مبنيًا على أن للمرأة أن تنفسخ بنفسها ، أما إذا أحوجناها إلى القاضي فما لم يظهر له النكاح كيف يفسخ أو يأذن في الفسخ ؟ انتهى كلامه .

والمتجه ما أطلقه البغوي وتكون الضرورة مجوزة لاستقلالها بالفسخ كما

يستقل من ظفر بغير جنس حقه بالبيع والاعتياض لأجل ذلك .

قـوله : ولو قـامت بينة أحـدهمـا على النكاح وبينة الآخـر على إقـرارها بالنكاح فـبينة النكاح أولى كمـا لو شهـدت بينة واحد بأنه غـصب منه كذا ، وبينة الآخر بأنه أقر به . انتهى .

واعلم أن الرافعي قـد ذكر بعد هذا قـبل الباب المعقـود لدعوى النسب وإلحاق القـائف بنحو ورقة عن البغـوي ما يقيد هذا الإطلاق فـقال : وفي «فتاوى الشيخ الحسين الفـراء » : أنه إذا ادعى رجل نكاح امرأة فأقرت بأنها زوجته منذ سـنة ، ثم جاء آخر وأقام بينة أنهـا زوجته ونكحهـا منذ شهر ، يحكم للمقر له لأنه قد ثبت بإقـرارها أن النكاح للأول فما لم يثبت الطلاق لا حكم لنكاح الثاني .

قـوله : وفي سـماع الـدعوى بالدين المـؤجل ثلاثة أوجـه : أصحـهـا عند الهروي : لا تسمع .

وثالثها : إن كانت له بينة فتسمع دعواه لتسجل فيأمن غيبتها وموتها ، وإلا فلا . انتهى ملخصًا .

والراجح : عـدم السماع ، كـذا صحـحه النووي في « المنـهاج » وفي «أصل الروضة » فقال : إنه الأصح .

وكلام الرافعي يُشعر به أيضًا فإنه قال : فيه وجهان : رجح منهما : المنع ، وكذلك في « الشرح الصغير » .

قوله : وفي دعوى الجارية الاستيلاد ، ودعوى الرقيق التدبير وتعليق العتق بصفة طريقان : أحدهما : أنها تسمع ، لأنها حقوق ناجزة .

والثـاني : أنها علـى الخـلاف في دعـوى الدين المؤجل والاستيـلاد

[أولاها] (١) بالسماع لفائدة امتناع البيع والرهن وغيرهما . انتهى .

لم يصحح شيئًا في « الشرح الصغير » ، والصحيح : سماع الدعوى في الكل كذا صححه في « الروضة » هنا وفي باب التدبير فقال في الموضعين : إنه المذهب ، لكنه هنا من « زوائده » ، وهناك من الأصل ، ومقتضى كلام الرافعي هناك ترجيحه أيضًا .

قوله : وهذا المذكور في التدبير هو إذا لم نجوز الرجوع فيه باللفظ ، فإن جوزناه فإنكار السيد رجوع يبطل مقصود الدعوى ، وقال الإمام : لا يبعد أن تسمع الدعوى وإن جعلنا إنكاره جميعًا لأن المدعى عليه قد يقر وقد يسكت انتهى .

وقد اشتمل كلامه على مسألتين :

إحداهما : أنَّا إذا جوزنا الرجوع عن التدبير كان إنكاره رجوعًا ولم يحك فيه خلافًا .

والثانية : أنا إذا قلنا : يكون رجوعًا لا تسمع الدعوى على الصحيح .

فأما الأول : فقد صحح خلافه في باب التدبير في أثناء الكلام على الرجوع فقال : أظهر الوجهين ، وهو المنصوص للشافعي : أنه لا يكون رجوعًا ، ووقع الموضعان كذلك في « الروضة » أيضًا .

وأما الثاني : فقد نقله في التدبير عن الإمام كما نقله عنه هاهنا ولم ينقل خلافه ولم يضعفه فأشعر ذلك باختياره له .

---

(١) في أ : أولاً .

قال رحمه الله :

الركن الثاني : جواب المدعى عليه

قوله : جواب الدعوى عليه إقرار وإنكار ... إلى آخره .

اعلم أن حاصل كـلامه في هذا الموضع وفي غيره أيضًـا أن المدعى عليه يجوز له أن يحلف وأن يرد وكذلك المدعي بعد الرد عليه يسوغ له أن يحلف وأن لا يحلف ، وبه صرح الإمام [في « النهـاية » فقال : لا يجب اليمين قط ، ونقله عـنه الرافـعي] [(١)]، وقد اسـتدرك عليه الشـيخ عز الدين في «القواعد الكبرى » اسـتدراكًا صحيحًا ، فـقال : وهذا ليس على إطلاقه بل يتـعين الحلف حيث يؤدي تركـه إلى تعاطي مـا لا يباح بالإبـاحة كالـدماء والقروح والضرب في الحدود والتعازير ونحوها بخلاف الأموال والمنافع .

قـوله : الثالثـة : إذا ادعى عليـه عينًا فـقـال : ليس هو لي ، أو أضافـه إلى مجـهول ، فـلا ينزع المال من يده ولا تنصرف الخـصومـة عنه على الأصح ، فعلى هذا إن أقر به لمعين ، قيل : وهل يمكن من أن يعود فيـدعيه لنفسه ؟ فيه وجهان . انتهى .

لم يصحح شيئًا في « الروضة » أيـضًا ، وصحح الشيخ أبو إسحاق في «التنبـيه » : أنه لا تقـبل دعواه لنـفسـه ، وأقره النووي فلم يسـتدركـه في التصحيح .

قوله : ولو قال المدعى عليه : هو وقف على الفقراء أو على مسجد كذا أو على ابني الطفل أو هـو ملك له ، فالجـواب في « الكتـاب » : أن الخـصومـة تنصـرف عنه ، وكذلك ذكـره الشيخ أبـو الفـرج ، وقـال فـي «التـهذيب» :

---

(١) سقط من أ .

لا تسقط الدعوى بهذا . انتهى ملخصًا .

لم يصحح شيئًا في « الشرح » أيضًا ، والراجح : هو قول البغوي كذا أجاب به الرافعي في « المحرر » فاعلمه فإن كلامه هنا ربما يؤخذ منه رجحان مقابله وذكر في « المنهاج » كما في « المحرر » .

قوله : الرابعة : اشترى ثوبًا أو عبدًا من رجل فادعاه آخر ، نظر : إن ساعده المشتري وأقر له بما ادعاه لم يكن له أن يرجع بالثمن على تابعه ، فإن استحلف فنكل فحلف المدعي وأخذ المال ، قال الشيخ أبو علي : ليس له الرجوع بالثمن أيضًا بلا خلاف لتقصيره بالنكول وحلف المدعي بعد نكوله كإقراره ،ويجوز أن يفرض في هذا خلاف بناء على أنه كالبينة.انتهى كلامه .

اعترض عليه في « الروضة » فقال : هذا ضعيف أو باطل ، لأن المذهب:أنه إنما يكون كالبينة في حق المتنازعين دون غيرهما ، والله أعلم .

وهذا الاعتراض الذي ذكره النووي ـ رحمه الله ـ عجيب فإن مراد الرافعي إثبات خلاف في المسألة ، فإن لنا خلافًا في التعدية إلى ثالث بناء على أنها كالبينة قد صرح به النووي في أثناء اعتراضه حيث عبر بالمذهب فلزم من ذلك أن ذكره لهذه الزيادة مصححة لكلام الرافعي لا مضعفة ولا مبطلة على خلاف ما شرع فيه .

قوله : فرع من كلام القاضي أبي سعد الهروي : أقر المشتري للمدعي بالملك ثم أراد إقامة البينة على أنه للمدعي ليرجع بالثمن على البائع لم يمكن لأنه يثبت المال لغيره بلا وكالة ولا نيابة . انتهى .

وما قاله القاضي أبو سعد قد جزم به أيضًا العبادي في « زيادات الزيادات » .

نعم ذكر البغوي في « فتاويه » عكس ذلك ، فقال : يجوز له إقامة البينة عليه .

قال رحمه الله : الركن الثالث : في اليمين

قوله : والتغليظ بالمكان مستحب وفي قول واجب ، ثم قال : وفي التغليظ بالزمـان طـريقـان ، منهم من جـعله على القـولين ، ومنهم من قطع فـيـه بالاستحباب . انتهى كلامه .

لم يصحح شـيئًا من الطريقين في « الشـرح الصغير » أيضًـا ، وصحح النووي في « الروضة » طريقة القطع بالاستحباب ولم ينبه على أن ذلك من « زوائده » بل أدخله في كلام الرافعي فتفطن له .

قـوله : ثم التـغليظ يكون بطلب الخـصم أو يغلظ القـاضي وإن لم يطلب الخصم .

حكى ابن كج فيه وجهين ، وذكر أن الأصح منهما: الثاني . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الروضة » أيضًا ، والصحـيح : ما صححه ابن كج كذا صححه الرافعي في « الشرح الصغير » .

قوله : وروي أن عبد الرحمن بن عوف قال في الحالفين بين المقام والبيت: لقد خشيت أن يتـهاون الناس بهذا البيت [ويروى] [(١)] : « أن يبهـأ الناس بهذا البيت » .

يقال :بهـأت بالشيء ، إذا آنست به حتى سقـطت هيبتـه من قلبك. انتهى كلامه .

اعلم أن بهـأ : بفتح البـاء الموحدة وبالهـمزة في آخـره تقول : بـهأت وبهئت ، كـضربت وعلمت ، بهـأ وبهوءًا أي بفتح الهـاء وضمهـا ، وأما البهاء بمعنى الحسن فهو من بهي الرجل بالكسر بغيرهم . قاله الجوهري .

---

(١) سقط من أ .

قوله : الرابعة : من به مرض أو زمانة لا يغلظ عليه في المكان لعذره ، وكذا الحائض إذ لا يمكنها اللبث في المسجد . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن الرافعي قد ذكر في كتاب اللعان أن الحائض لا يسقط عنها التغليظ بالمكان بل تلاعن على باب المسجد ، فقياسه أن يأتي هنا أيضًا مثله، وإن لمحنا فرقًا بين البابين .

وصاحب « التنبيه » ذكر هذا الحكم وهو اللعان على باب المسجد في الجنب ، ويؤخذ منه ذلك في الحائض بطريق الأولى وكلام الرافعي يقتضي أنه لا يتعدى إلى الجنب ، والفرق : إمكان الاغتسال .

الأمر الثاني : أنه يجوز لنا تمكين الكافر الجنب من اللبث في المسجد على الصحيح ، وقياس هذا أن التغليظ بالمكان لا يسقط عن الحائض ، وإليه يرشد تعليل الرافعي إلا أن يقال : لا يلزم من تمكينها من ذلك أن يأمرها به لأجل حصول أمر أصله مستحب ، إذ التغليظ بالمكان وغيره لا يجب .

قوله : والمرأة المخدرة إذا قلنا : لا تحضر ، هل يغلظ عليها بالمكان ؟ فيه وجهان : المذكور في « الكتاب » وبه أجاب الشيخ أبو حامد ومن تابعه : أنها تخرج ، ولكن قيل : يبنى هذا الخلاف على الخلاف في أن التغليظ مستحق أو مستحب ؟ ، وقضية هذا البناء ترجيح المنع :انتهى ملخصًا .

لم يصحح شيئًا في « الشرح الصغير » أيضًا ، وصحح النووي في «أصل الروضة » : الإخراج .

قوله : ولو غلظ القاضي عليه باللفظ فامتنع واقتصر على لفظ « الله » ففي نكوله وجهان ، ثم قال : وقد حكى الخلاف في التغليظ اللفظي القاضي الروياني عن القفال ،وذكر أن الأصح : أنه يكون ناكلاً ، لأنه ليس له رد اجتهاد القاضي . انتهى كلامه بحروفه .

وهو ظاهر في نسبة التـصحيح إلى الروياني لا إلى القفال ، واختـصره في «الروضة » على العكس وهو الصـواب فقد نقل الروياني في « البـحر » عن القفـال : أنه صحح ذلك فاستـقام ما في « الروضة » وإن كـان خلاف المفهوم من لفظ الرافعي .

قـوله : ولو نصب البـائع وكيـلاً ليقـبض الثـمن ويسلم المبـيع ، فقـال له المشتري : إن موكلك أذن في تسليم المبـيع وترك حق الحبس وأنت تعلم فهل يحلف على البت أم عـلى نفي العلم ؟ اختـيـار أبي زيد : البت ؛ لأنه يثـبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع . انتهى .

قال في « الروضة » من « زوائده » : نفي العلم أقوى .

قوله : بل يـجوز البت بناء على ظن مـؤكد ينشأ من خطـه أو خط أبيه أو نكول خصمه . انتهى .

وما ذكره مـن جواز البت على خط نفسه قـد نقل ما يخالفه فـي كتاب القضـاء في الطرف الثاني منه ، وقد سبق إيضـاحه هناك فراجعـه ، وسبق أيضًـا هناك : أنه لا بد أن يكون الأب المحلوف علـى خطه ثقـة ، وعبـارة الإمام : أن يكون عدلاً .

قوله : الثانية : النظر في اليمين إلى نية القـاضي المستحلف وعقد بينة ، أما النيـة فـالتـورية على خـلاف قـصـد القـاضي لا تغـني ولا تدفع إثم اليـمين الفاجرة ، ولو استثنى أو وصل باللفظ شرطًا بقلبه و بنيته أو فعل ذلك بلسانه ولكـن لم يسمـعه الحاكـم فكذلك ، وإن سمعـه الحاكم عَزَّره وأعـاد اليمين عليه . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحـدهـمـا : أن ما ذكره من كـون التورية على خلاف قصـد القاضي لا ينفع، محله إذا كان التحليف بالله تعـالى ، فإن كان القاضي يرى التحليف بالطلاق كالحنفي فـحلف به نفعت التورية والحالة هذه ، كـذا ذكره النووي

في كتاب «الأذكار» في باب التورية .

الأمر الثاني : أن الحكم ببطلان اليمين عند اتصال الاستثناء دليل على أن الاستثناء ينفع في الماضي حتى لو قال والله ما قمت إن شاء الله وكان قد قام ، فإنه لا يحنث ، والأمر كذلك .

وقد صرح به هكذا المتولي في كتاب الأيمان فتفطن له فإنها مسألة نفيسة مهمة ، ومعناها ، صحيح فإنه لم يفعل شيئًا قد شاء الله أن لا يفعله ؛ إذ لا يقع شيء إلا بمشيئة الله تعالى .

قوله : الحالف كل من يتوجه عليه دعوى صحيحة ، وقيل : كل من توجهت عليه دعوى لو أقر بمطلوبها ألزم به ، فإذا أنكر حلف عليه وقبل منه، ويستثنى من هذا الضبط صور فنذكرها مع ما يدخل فيه ويخرج منه :

إحداها : يجري التحليف في النكاح والطلاق والرجعة والفيئة والإيلاء وفي العتق والاستيلاد . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » وفيه أمران :

أحدهما : أن هذين الوجهين حكاهما الإمام عن حكاية القاضي الحسين فقال :

أحدهما : أن يدعي حقًا .

والثاني : أن يدعي ما لو أقر به لنفع ، فهو معنى قول الرافعي في موضع آخر : ما ليس بحق ولكن ينفع في الحق هل تشرع [فيه] (1) الدعوى والتحليف ؟ فيه وجهان .

إذا تقرر هذا فقد جزم الرافعي في « الشرح الصغير » و « المحرر » بالوجه الثاني المرجوح هاهنا ، وتبعه عليه النووي في « المنهاج » وإن كان

(1) في أ : في .

في تعبيره مناقشة من وجه آخر .

الأمـر الثـاني : إذا كان للأمة ولد فادعت على السـيد أنه وطئها وأنها أم ولد، فإن اعترف السيد بالوطء حلف ، وإن أنكر أصل الوطء فالمشهور: أنه لا يحلف وإنما حلف في الصورة السابقة ،لأنه سبق منه الاعتراف بما يقتضي ثبـوت النسـب ،[وقـيل :يحلف لأنه لو اعـترف به لثـبت النسب] [1] ، وإذا لم يكن ولد لم يحلف بلا خلاف ، هكذا ذكره الرافعي في أواخر باب الاستبراء ، وهي واردة على المذكور هنا فتـفطن لذلك ، فإنه لم يستثنها بل تعبيره بقوله : الاستيلاد يقتضي التحليف ، وهو الصواب إذا كانت الدعوى لأجل الاستيلاد .

وقد جزم الرافعي وغيره بتحليف السيد إذا أنكر الكتابة أو أنكر التدبير، وقلنا : إنكاره ليس رجوعًا عنه .

قوله : ولو ادعى عليه سرقة مـال فأنكر ونكل حلف المدعي واستحق المال ولم يقطع المدعى عـليه ، لأن حـدود الله تعـالى لا تثـبت باليـمين المردودة . انتهى كلامه .

وما جزم به هاهنا من عدم ثبوت القطع باليـمين المردودة قد اختلف فيه كلامـه ، وكذلك كلام النووي أيضًـا ، قد سبق إيضـاح ذلك في باب حد السرقة فراجعه .

قوله في « الروضة » : الثانيـة : ادعى على القاضي أنه ظلمه في الحكم أو على الشـاهد أنه تعمـد الكذب أو الغلط لم يحلفـا لارتفـاع منصبـهمـا عن التحليف وقد سبق هذا في الباب الأول وفي أول أدب القضاء.انتهى كلامه .

أما قوله : في الباب الأول ؛ فصحيح ومراده به من كتاب الدعاوى .

---

(١) سقط من أ .

وأما قوله : وفي أول أدب القضاء . فسهو بل في آخر الباب الذي قبله بأسطر فتفطن له ، وعبارة الرافعي هنا صحيحة فاعلمه .

قوله فيها أيضًا :ولو ادعى على المعزول أنه حكم عليه أيام قضائه ظلمًا ، وأنكر فقد سبق وجهان : في أنه يحلف،أم يصدق بلا يمين ؟ وهو الأصح . انتهى كلامه .

وما صححه هنا من تصديقه بلا يمين قد خالفه في « المنهاج » ، وقد تقدم إيضاح ذلك في آخر الباب الأول من أبواب القضاء .

قوله : ولو وكل بالخصومة في مجلس الحكم استغنى عن حجة يقيمها إن كان الخصم حاضراً ، وإن لم يكن فيبني على أن القاضي هل يقضي بعلمه ؟ انتهى كلامه .

وتخريجه ما يقع في المجلس على الخلاف في القضاء بالعلم ، قد تناقض فيه كلامه وكلام « الروضة » أيضًا ، وقد تقدم إيضاح ذلك في الباب الثاني من أبواب القضاء بالعلم فراجعه .

قوله في الفروع المنقولة عن « فتاوى القفال » وغيره : ولو أقام المدعي شاهدين بأن هذه الدار ملكه فأقام المشهود عليه شاهدين بأن شاهدي المدعي قالا : لا شهادة لنا في ذلك ، سألهما الحاكم : متى قال ذلك الشاهدان اللذان للمدعي ؟ فإن قالا : ذكراه من أمس أو من شهر ، لم تندفع شهادتهما بذلك لأنهما قد لا يكونان شاهدين ثم يصيران ، وإن قالا : ذكراه حين قصدنا لإقامة الشهادة . اندفعت شهادتهما . انتهى .

وما ذكره من التفصيل وتابعه عليه في « الروضة » قد ذكر القاضي الحسين في « فتاويه » خلافه ، فجزم بأنها :لا تسمع ولم يفصل ، فقال : رجل قال في ما بين جماعة : لست بشاهد في أمر كذا ، ولا أشهدني أحد عليه .

ثم جاء ليشهد في تلك الخصـومة ليس له ذلك ولا تقبل شهادته . هذا كلامه .

قوله : ولو أقام المدعي بينة ثم قال للـقاضي : لا تحكم بشيء حتى تحلفه ، كانت بينته باطلة وذلك لأنه كالمعترف بأن بينته مما لا يجوز الحكم بها . انتهى كلامه .

وهذا الحكم مشكل فقد يقصد بتحليـفه لتقم بعده البينة ، ويظهر إقدامه على يمين فاجـرة أو غير ذلك من المقـاصد التي لا تقـتضي قدحًـا في البينة فينبغي أن لا تبطل البينة ، كذا ذكره في « الروضة » ، والأمر كما ذكره من الإشكال .

قوله : إذا طلـب المدعي يمـين المدعى عليه بين يدي الحاكم ، فـقال المدعى عليه : قد حلفني على هذا مرة بالتمـاسه وليس له تحليفي ، فإن كان القاضي يحفظ ما يقوله لم يحلفـه ،ويمنع المدعي مما يطلبه وإن لم يحفظه حلف ، ولا تنفع إقـامة البينـة فيه لما مـر أن القاضي مـتى تَذكَّر حكمـه أمضـاه ، وإلا فلا يعتمد على البينة ، وعن ابن القاص : أنـه يجوز سماع البينة وحكاه القاضي أبو سعد الهروي وحقه الطرد في كل باب . انتهى كلامه .

واقتـصـاره في نقل السـماع على ابن القـاص غريب ، فـإن ابن القاص قد حكاه عن الشـافـعي فاعلمه . ويؤيد النص المذكـور أن القاضي إذا نسي نكول خصـمه أثبـته المدعي بالبـينة ، كذا ذكـره الرافعي ، بعد هـذا بنحو ورقتين .

قوله : وإن قـال : حلفني عند قاض آخر ، وأطلق وأراد تحليـفه على ذلك فوجهـان ، قال ابن القاص : بالمنع إذ لا يؤمن أن يدعي أنه حلفـه على أنه ما حلفه .

وأصحهما : يمكن ... إلى آخره .

وما نقله عن ابن القاص من عدم التحليف تابعه على نقله عنه في «الروضة» أيضًا وليس كذلك ، فقد صرح ابن القاص في كتاب «أدب القضاء» له بأنه يحلفه ، ولم يذكرها في « التلخيص » ولا في « المفتاح » .

والسبب في وقوع هذا للرافعي أن الهروي في « الإشراف » قد سها فنسبه إليه ، والرافعي كثير النقل عنه فَقَلَّده فيه .

قوله : وإن استمهل ليقيم البينة على أنه حلفه ، فقياس البينات الدوافع أن يمهل ثلاثًا ، وعن القاضي الحسين أنه قال : أرى أن لا يمهل أكثر من يوم ، لأنه كالمراوغ المتعنت . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن ما ذكر الرافعي أنه القياس ولم يصرح بنقله عن أحد ، وتابعه عليه في « الروضة » قد صرح به الروياني في « البحر » .

الأمر الثاني : أن الرافعي قد ذكر قبل هذا الموضع بكراس وأوراق في المسألة الرابعة وجهًا عن القاضي الحسين : أن دعوى الإبراء وغيره من الدوافع لا يمهل في إقامة البينة عليها أكثر من يوم واحد، وعبر [هناك] (١) بنحو ما عبر به هاهنا فقال : وعن القاضي الحسين وجه أنه لا يمهل أكثر من يوم . هذه عبارته .

فلم يصر الخلاف خاصًا بهذه الصورة وهي دعوى التحليف ، كما يوهمه كلامه هاهنا .

الأمر الثالث : أن هذا النقل عن القاضي الحسين ليس محررًا ، وتحريره ما ذكره في « تعليقته » ، ونقله عنه ابن الرفعة في « المطلب » فإنه قال : ولو قال :أمهلوني حتى أقيم البينة ، قيل له : على مَنْ تقيمها ؟ فإن قال :

---

(١) سقط من أ .

على الأداء أو الإبراء ، قيل له : قد أقررت فاخرج عن حقه ثم ادّع ما ذكرت ، وإن قال : حلفني مرة في هذه الخصومة .

وقلنا : تُسمع هذه الدعوى ، فالقياس أن يمهل ثلاثة أيام ، قال : وعندي لا يمهل أكثر من يوم واحد لأنه يشبه المتعنت . انتهى ملخصًا .

الأمر الرابع : أن هذا الإنظار على الخلاف في قدره هل هو واجب أو مستحب ؟ سكت عنه الرافعي هنا وذكره في الباب الثاني من كتاب الكتابة قبل الحكم الثالث ، فقال : لو ادعى العبد الأداء ، وأنكر السيد وأراد العبد إقامة البينة أمهل ثلاثًا ، قال : وهل هو واجب أو مستحب ؟ فيه وجهان ، ثم حكى عن الروياني أَنَّا إذا أمهلناه ثلاثًا ، فأحضر شاهدًا بعدها وطالب الإنظار ليأتي بالشاهد الثاني أنظرناه ثلاثة أخرى .

قوله : ولو ادعى مالاً على رجل فأنكر وحلف، ثم قال المدعي بعد أيام: حلفت يومئذ لأنك كنت معسرًا ، لا يلزمك تسليم شيء إليَّ وقد أيسرت اليوم فهل تسمع لإمكانه أم لا لئلا يتسلسل ؟ وجهان . انتهى .

قال في « الروضة » : الأصح سماعها إلا إذا تكررت .

قوله : فرع : إنما يحلف المدعى عليه إذا طلب المدعي يمينه ، وقيل : لا يتوقف عليه ، لأن للمدعي غرضًا في سقوط المطالبة عنه ، قاله القفال الشاشي وصححه السرخسي ، ثم قال ما نصه : وإن امتنع عن تحليفه بالدعوى السابقة جاز لأنه لم يسقط حقه عن اليمين . انتهى كلامه بحروفه .

ذكر مثله في « الروضة » وكأنه سقط منه شيء وهو : « ثم أراد تحليفه» وحينئذ فيكون أصله هكذا ، وإن امتنع عن تحليفه ثم أراد تحليفه بالدعوى السابقة جاز .

قال رحمه الله : الركن الرابع : النكول

قوله في « الروضة » : وإذا أنكر المدعى عليه واستحلف فنكل عن اليمين لم يقض بالنكول عندنا، بل يرد اليمين على المدعي ، فإن حلف قضي له ، فإن لم يعرف المدعي تحول اليمين إليه بنكول المدعي عرفه القاضي . انتهى .

وتعبيره في آخر كلامه بقوله : بنكول المدعي . وقع هكذا في النسخة التي هي بخط المصنف وفي غيرها وصوابه : المدعى عليه ، أي بزيادة لفظة « عليه » .

قوله : وإذا تَفَرَّسَ الحاكم سلامة جانب شرح له حكم النكول ، فإن لم يشرحه له وحكم بأنه ناكل ، فقال المدعى عليه : لم أعرف حكم النكول ، ففي نفوذ الحكم احتمالان للإمام : أصحهما : النفوذ . انتهى .

ذكر نحوه في « الروضة » وفيه أمران :

أحدهما : أنه ليس في كلامه ما يدل على أن شرح النكول هو واجب على القاضي أو مستحب ، وأنه لم يقف فيه إلا على هذين الاحتمالين اللذين حكاهما الإمام في نفوذ الحكم ورجح منهما النفوذ.

وقد صرح الماوردي بالمسألة وجزم بوجوب البيان ، وجزم الروياني في «البحر » بالاستحباب وتبعه ابن الرفعة في « الكفاية » .

الأمر الثاني : أن كلام الإمام يقتضي أن هذين الاحتمالين محلهما إذا علم القاضي أنه لا يدري حكم النكول ،وكلام الغزالي يقتضي أن محلهما عند جهل القاضي بحاله .

قوله : فرع : نقل الروياني في « جمع الجوامع » : أن قول القاضي

للمدعي أتحلف أنت ؟ كقوله إحلف ، حتى لا يتمكن المدعى عليه من الحلف بعد ذلك ، قال : وعندي فيه نظر . انتهى .

واعلم أن ما نقله الروياني من جعل الفعل المضارع كالإقرار وأقره الرافعي ، قد سبق من كلام الرافعي في جانب المدعى عليه ما يخالفه ، فقال قبل هذا الموضع بنحو ورقة : ولو قال ـ أي : المدعى عليه ـ أتحلف بالله ؟ فقال : لا . فليس بنكول . هذا لفظه .

واعلم أن المذكور في « البحر » للروياني إلحاق المضارع بالأمر إذا قاله القاضي للمدعى عليه أيضًا فالروياني ماش على قاعدة واحدة ، وأما كلام الرافعي أولاً مع كلامه ثانيًا فلا يستقيم الجمع بينهما ، وحاصله أنه وقف أولاً على طريقة ، ووقف ثانيًا على أخرى مخالفة لها فأثبتهما ذاهلاً عما سبق ، وتابعه النووي في « الروضة » عليه .

قوله : ويمينه بعد نكول المدعى عليه بمنزلة بينة يقيمها ، أو بمنزلة إقرار المدعى عليه ؟ فيه قولان : أصحهما : الثاني ، وللقولين فروع كثيرة منها : أن المدعى عليه لو أقام بينة بالأداء أو الإبراء بعد ذلك ، فإن قلنا : إنها كالبينة ، سُمعت ، وإن قلنا : كالإقرار ، فلا لكونه مكذبًا للبينة بإقراره . انتهى ملخصًا .

وهذا الذي رجحه هنا من عدم سماع البينة قد خالفه بعد ذلك في أثناء الركن الخامس قبل المدرك الثالث من مدارك ترجيح البينة وبينه وبين موضعنا هذا نحو كراس وستعرف لفظه في موضعه .

قوله : وحكى القاضي أبو سعد الهروي اختلافًا للأصحاب في أنه يجب الحق بفراغ المدعي من اليمين المردودة أم لابد من حكم الحاكم به ؟ انتهى .

قال النووي : الأرجح :الأول ، ولم يذكره من « زوائده » بل أدخله في كلام الرافعي فافهمه ، غير أن الرافعي لما ذكر الوجهين قال : ويمكن

بناؤهما على أنهما كالإقرار أو كالبينة ؟ فإن جعلناهما كالإقرار : فلا حاجة إلى الحكم .

قوله : ولو أقام المدعي شاهدًا ليحلف معه فلم يحلف فهو كما لو ارتدت اليمين إليه فلم يحلف ، فإن علل امتناعه بعذر أمهل ثلاثًا ، وقيل : دائمًا ، وإن لم يعلل بشيء أو صرح بالنكول فقد ذكر الغزالي والبغوي : أنه يبطل حقه من الحلف وليس له العود إليه ، واستمر العراقيون على ما ذكروه قبل ذلك من جواز الدعوى في مجلس آخر والحلف حتى قال المحاملي : لو امتنع من الحلف مع شاهده واستحلف الخصم انتقلت اليمين من جانبه إلى جانب صاحبه فليس له العود والحلف إلا إذا استأنف الدعوى في مجلس آخر وأقام الشاهد فله أن يحلف معه ، وعلى الأول : لا ينفعه إلا بينة كاملة . انتهى كلامه .

وحاصله : أن الراجح في ما إذا امتنع من الحلف مع شاهده خلاف ما يقوله المحاملي ، لأن الراجح خلاف ما ذهب إليه العراقيون ، فقد قال الرافعي قبل هذا : إنه أحسن وأقوى ، وقال في « الروضة » : إذا علمت هذا فاعلم أن محل ذلك فيما إذا لم يحلف المدعى عليه اليمين المردودة ، فإن حلف انقطعت الخصومة ولا كلام .

ومحله أيضًا إذا لم ينكل عنها ، فإن نكل حلف على أصح القولين ، هذا هو مقتضى كلام الرافعي في آخر باب القسامة ، قُبيل الركن الرابع فاعلمه .

قوله : ولو ادعى ولي الصبي أو المجنون دينًا له على إنسان فأنكر ونكل، ففي الرد على الولي وجوه :

أحدها : أن اليمين ترد عليه لأنه المستوفى ، والصبي والمجنون ليس لهما أهلية اليمين .

والثاني : المنع لأن إثبات الحق للإنسان بيمين غيره مستبعد .

والثالث : أنه إن ادعى ثبوته بسبب باشره بنفسه رد عليه ، وإلا فلا .

ويجري هذا الخلاف فيما إذا أقام شاهدًا واحدًا ،هل يحلف معه،ثم قال : ومال المذهبيون إلى ترجيح المنع من الوجوه الثلاثة ، ولا بأس بوجه التفصيل، ولقد رجحه العبادي . انتهى كلامه .

وهذا الذي ذكره هنا من كون المشهور في ما إذا باشره الولي هو المنع ، قد خالفه في الباب الخامس من أبواب الصداق مخالفة عجيبة فإنه رجح الحلف ، ونقله عن أهل المذهب كما نقل عنهم هنا المنع ، وعبر بقوله : أظهرهما في المذهب ، وعبر في « الروضة » بقوله : أصحهما عند الأصحاب .

ووقع الاختلاف المذكور في « المحرر » وكذلك في « الروضة » و«المنهاج» ،والفتوى على ما وقع فيه هذا الاختلاف ، وهو الذي باشره الولي ، إنما هو الحلف على وفق ما بحثه الرافعي ، فقد نص عليه الشافعي ـ رحمه الله ـ في « الأم » .

فقال في كتاب الصداق المذكور عقب المسابقة في أول باب الاختلاف في المهر : إن الزوجين إذا اختلفا تحالفا ، ثم قال ما نصه : وهكذا إذا اختلف الزوج وأبو الصبية البكر . هذا لفظه .

وهذا الخلاف كما قاله الرافعي في الصداق يجري في وكيل النكاح، وفي وكيل المشتري مع البائع ، وفي وكيل البائع مع المشتري ، وفي وكيلهما، قال : ومنهم من رتب فقال : وإن لم يحلف الولي فالوكيل أولى، وإلا فوجهان لقوة الولاية .

قال رحمه الله : الركن الخامس : البينة

قوله : فإذا تعارضت البينتان وفقدت أسباب الترجيح ، فإما أن يكون المدعى به في يد ثالث أو في أيديهما ... إلى آخره .

أهمل قسمًا آخر وهو : ما إذا لم يكن في يد أحد ، وقد ذكره في «التنبيه» وألحقه بهذين القسمين ، وكأن صورته فيما إذا كان عقارًا أو متاعًا ملقى في الطريق وليسا عنده .

قوله : فإذا أقام كل واحد بينة تعارضتا وفيهما قولان ، أظهرهما: يسقطان فكأنه لا بينة فيصار إلى التحليف .

والثاني : يستعملان فتنتزع العين ممن هي في يده .

ثم في كيفية الاستعمال ثلاثة أقوال :

أحدها : تقسم العين المدعاة بينهما .

والثاني : توقف إلى أن يتبين الأمر أو يصطلحا .

والثالث : يقرع فيأخذها من خرجت قرعته . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » وفيه أمران :

أحدهما : أن الصحيح من أقوال الاستعمال هو الوقف كذا جزم به الرافعي في أوائل باب التحالف وتبعه عليه في « الروضة » .

الثاني : أن هذه الأقوال التي في كيفية الاستعمال هل هي في الأولوية أو التعيين ؟ لم يتعرض له المصنف ، وقد حكى فيه الإمام وجهين من غير ترجيح ، فإذا تعذر أحدهما فلا يحمل عند القائل به على الباقي إن جعلناها في الوجوب بل يسقط البينتان ، وإن جعلناها في الأولوية حُمِلَ عليه .

قوله : وفي محل الأقوال طُرُق :

إحداها : القطع بالتساقط إذا لم يمكن الجمع .

الثانية : القطع بالاستعمال إذا أمكن .

الثالثة : طرد القولين في الحالتين . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » وتعبيره في حكاية الطريقة الثانية يوهم أنه على هذه الطريقة يجيء ثلاثة أقوال ، فإنه قد تقدم أن الثلاثة تأتي إذا قلنا بقول الاستعمال ، والقطع إنما أفاد نفي غيرها ومراده هنا بالاستعمال هو القسمة خاصة .

وكلام الرافعي قبل هذا وبعده ، يوضح ما ذكرناه ، فكأنه أراد التعبير به فسبق قلمه إلى الاستعمال .

قوله في « الروضة » : ولو كانت العين في يدهما ولم يكن لواحد منهما بينة ، فكل واحد مدع في نصف ومدعى عليه في نصف ، فيحلف كل واحد على نفي ما يدعيه الآخر ، ولا يتعرض واحد منهما في يمينه لإثبات ما في يده بل يقتصر على أنه لا حق لصاحبه فيما في يده ، نص عليه وهو المذهب ، وفيه خلاف سبق في باب التحالف في البيع . انتهى .

وما ذكره ـ رحمه الله ـ من أن الخلاف قد سبق هناك غلط فإنه لم يتقدم له ذكر في « الروضة » هناك .

نعم ذكره الرافعي في ذلك الموضع ، ثم إنه هنا أحال عليه ، فلما اختصره النووي لم يذكره في التحالف بناء على أنه يذكره هنا ، ثم إنه تابع الرافعي على إحالته على ذلك الموضع ظنًا منه أنه سبق فوهم فيه .

قوله الثاني : دار في يد إنسان وادعى زيد نصفها فصدقه ، وادعى عمرو

نصفها فكذبه صاحب اليد وزيد معًا ، ولم يدعه [واحد منهما][١] لنفسه.

فالنصف الذي يدعيه المكذب هل يسلم إليه أم يبقى في يد صاحب اليد، أم ينزعه الحاكم ويحفظه إلى ظهور مالكه ؟

فيه ثلاثة أوجه حكاها الفوراني . انتهى .

والصحيح من هذه الأوجه أنه يبقى في يده كما كان ولكن لا تنصرف الخصومة عنه .

كذا ذكره قبل ذلك في أوائل الركن الثاني المعقود لجواب المدعى عليه ، وعلله بأن الظاهر أن ما في يده ملكه ، وما صدر منه ليس بمزيل ولا يظهر لغيره استحقاق ، وتابعه على ذلك في « الروضة » ، ثم رجح هنا من «زوائده » : أن الحاكم ينتزعه ذهولاً عما صححه هو والرافعي هناك فقال : قلت: أقواهما الثالث . والله أعلم .

قوله : ولو لم تكن بينة ونكل الداخل عن اليمين فردت على الخارج ، وحكم له ثم جاء المدعى عليه ببينة تسمع ، كما لو أتى بها بعد بينة المدعي، وفيه وجه : أنها لا تسمع بناء على أن النكول ورد اليمين كالإقرار . انتهى كلامه .

وما صححه من سماعه البينة بعد الحكم بالنكول قد تابعه عليه في «الروضة » ، والصحيح المذكور في الركن الرابع : عدم سماعها ، لأن الصحيح أن اليمين المردودة كالإقرار لا كالبينة فاعلمه وقد تقدم هناك الوعد بذكر هذا الموضع .

قوله :وفي الترجيح بسبق التاريخ طريقان: المشهور منهما : أنه على قولين :

---

(١) في أ : عمر ونصفها .

أصحهما عند الأكثرين : نعم ، وأصحهما عند ابن كج وشرذمة : أنه لا ترجيح . انتهى ملخصًا .

ما ذكره هنا من الترجيح بسبق التاريخ قد صحح عكسه في الباب الثاني من كتاب اللقيط في الحكم الثالث المعقود لنسبه وعبر بالأصح ، وسبق ذكر لفظه هناك ، ووقع هذا التناقض في « الروضة » أيضًا .

قوله : ويجوز أن يشهد بالملك في الحال استصحابًا لحكم ما عرفه ، من قبل كشراء أو إرث وغيرهما ، وإن احتمل زواله ، فلو صرح في شهادته بأنه تعمد الاستصحاب ، فقال في « الوسيط » : فيه وجهان :

قال الأصحاب : لا تقبل كما لا تقبل شهادة الرضاع على الثدي ، وحركة الحلقوم .

وقال القاضي الحسين : تقبل لأنَّا نعلم أنه لا مستند له سواه . انتهى .

وما وقع في « الوسيط » في تصوير المسألة ، وتبعه عليه في الرافعي و«الروضة » تحريف ، فإن صورة الخلاف بين القاضي والأصحاب كما قاله في « النهاية » : أن لا يكون الشاهد قد شهد بالملك في الحال بل شهد بملك سابق ، وذكر مع ذلك من استمرار الأحوال ما يسوغ له الشهادة به في الحال، والغزالي صوره بما إذا شهدت بالملك في الحال ، ولكن صرحت بأنها تعتمد فيه الاستصحاب ، والذي يدل على بطلان التصوير بما ذكره الغزالي ومن تبعه : أن الغزالي قد استدل عليه بقوله كما لا تقبل شهادة الرضاع على صورة الامتصاص وحركة الحلقوم .

ونظير هذا من مسألتنا إنما هو الشهادة على استمرار الأحوال التي تسوغ الشهادة بالملك في الحال ، وأما إذا شهد بالملك في الحال ، وذكر أن معتمده الاستصحاب فنظيره أن يشهد على الرضاع ويذكر أن معتمده امتصاص الثدي وحركة الحلقوم .

قوله : ولو قال المدعى عليه : كان ملكك أمس فوجهان :

أظهرهما : الانتزاع .

وقطع ابن الصباغ بأنه يؤاخذ بإقراره ، وحكى الوجهين في ما إذا قال : كان في يدك أمس ، وفَرّق بين اليد والملك بأن اليد قد تكون مستحقة ، وقد لا تكون . انتهى كلامه .

واعلم أن هذه المسألة قد اختلف فيها كلام « الروضة » [اختلافًا عجيبًا سبق إيضاحه في كتاب الإقرار في الركن الرابع منه] [1] فراجعه .

قوله : إذا قال المكري : أكريتك هذا البيت من الدار شهرًا بعشرة ، وقال المكتري : بل اكتريت جميع الدار بالعشرة ، فهذا اختلاف في قدر المكتري ، فإذا أقاما بينتين وقلنا بالاستعمال فيجيء قول القرعة خلافًا لابن سلمة .

وأما قولا القسمة والوقف فالمشهور أنهما لا يجبان .

أما الوقف فلوجهين :

أحدهما : وهو الذي أورده أكثرهم أن العقود لا توقف على أصلنا فالنزاع هاهنا في العقد ، ثم رده بأن معنى الوقف هاهنا أنّا نتوقف ولا نمضي حكمًا إلى أن ينكشف الحال ، وهذا معهود في أصولنا .

والوقف الذي نقول بإبطاله هو ما يخالف فيه بعض الشروط كإذن الملك في بيع الفضولي . انتهى ملخصًا .

وما ذكره هاهنا من مجيء قول القرعة دون قول التوقف قد جزم بعكسه في أول باب التحالف ، وقد ذكرت هناك لفظه فراجعه .

قوله : ولو وجدت الزيادة في كل واحد من الجانبين بأن قال المكري

---

(١) سقط من أ .

أكريتك هذا البيت بعشرين وقال المكتري : بل جميع الدار بعشرة ، فلابن سريج رأيان :

أحدهما : الرجوع إلى التعارض لتقابل الزيادتين .

وأضعفهما : أنه يؤخذ بالزيادة من الجانبين فتجعل جميع الدار تكرى بعشرين ، وهذا خلاف قول المتداعيين والشهود جيمعًا . انتهى كلامه .

وهذا الذي ضعفه الرافعي قد صرح في « الروضة » أيضًا بأنه فاسد، والظاهر أنه حصل في نقله عن ابن سريج غلط ، فإني رأيت للشيخ أبى محمد كما حكى الوجهين عنه في كتاب « السلسلة » لم ينقل الثاني المذكور هنا ، بل نقل عوضًا عنه الاستعمال بالقرعة فدل على ما قلناه .

قوله : قال الإمام : ولو شهد أنه باع فلانًا في ساعة كذا وشهد آخران أنه كان ساكنًا تلك الحالة .

أو شهد اثنان أنه قتل فلانًا ساعة كذا ، وشهد آخران أنه كان ساكنًا في تلك الحالة لا يتحرك ولا يعمل شيئًا .

ففي قبول الشهادة الثانية وجهان ، لأنهما شهادة على النفي ، وإنما تقبل شهادة النفي في المضايق وأحوال الضرورات ، فإن قبلناها جاء التعارض . انتهى .

والأصح كما قاله في « الروضة » هو القبول ، قال : لأن النفي المحصور كالإثبات في إمكان الإحاطة .

قوله عن الشيخ أبي عاصم : إنه فسر كلمة التنصير بما إذا شهدت البينتان على آخر ما تكلم به بأن يقول لا إله إلا الله عيسى رسول الله .

قال القاضي أبو سعد : وفيه إشكال ظاهر فإن المسلمين يثبتون نبوة عيسى عليه الصلاة والسلام ، وإثبات نبوته ليس نفيًا لنبوة محمد ﷺ سيما عند منكري المفهوم ، فيجب أن تفسر كلمة التنصير بما يختص به النصارى

كـقولهم إن الله ثـالث ثلاثة ، وهل تجب في نيـته للإسـلام تفسـيـر كلمتـه؟ وجهان، وجـه الوجوب : أنهم قد يعتـقدون ما ليس بإسلام إسـلامًا . انتهى كلامه.

فيه أمران :

أحدهـما : أن المذكور في « الإشراف » للهروي عن العبادي في تصوير المسألة بأن يقول بعد إثباته نبوة عيسى : وأنه بريء من كل دين ، وحينئذ لا يصح الاعتراض ، فإن الإسـلام من جملة الأديان الداخلة في البراءة فيكون كفرًا .

ولم يتعرض في « الروضة » لمقالة العبادي ولا لمقالة الهروي ، بل جعل الضابط ما يختص به النصارى ومثل بثالث ثلاثة .

الأمر الثاني : أن هذا الكلام مقتضاه أنه لابد في الشهادة على الردة من بيان السـبب وقد سبق من كـلامه في باب الردة ما يخـالفه وتقدم إيضـاحه هناك وإيضاح نظائره فراجعه .

قوله : فرع : مات رجل عن زوجة وأخ مسلمين وعن أولاد كفرة ، فقال المسلمـان : مات مـسلمًا . وقـال الأولاد : مات كافـرًا ، فإن كـان أصل دينه الكفر . صـدق الأولاد ، وإن أقامـوا بينتين فإن أطلقنا : قـدمت بينة المسلم ، وإن قيدنا : فـعلى الخلاف في التعارض ، ويعود خـلاف « أبي إسحاق » في جريان القسمة .

وإذا رجحنا طائفة قسم المال بينهم كما يقسم لو انفردوا .

وإن جعلنا المـال بين الطائفتين تفريـعًا على القسـمة ، فالنـصف للزوجة والأخ ، والنصف للأولاد ، وفي ما تأخذ الزوجة من النصف وجهان :

أحدهما : ربعه ، وكأنه جميع التركة ، هو الذي أورده السرخسي .

والثاني : نصفه ، ليكمل لها ربع التـركة ؛لأن الأخ معترف به ، والأولاد

يحجبونها . باتفاقهما ، وهو الذي أورده الإمام . انتهى كلامه .

والأصح كما قاله في « الروضة » هو الأول ، قال : لأنها معترفة أيضًا باستحقاق الأخ ثلاثة أرباع التركة .

قوله : الثالثة : قـال لعبده : إن قتلت فأنت حر ، فأقـام العبد بينة أنه قُتِلَ وأقام الوارث بينة أنه مات حتف أنفه ، ففيه قولان :

الظاهر منهما على ما ذكره أبو الحسن العبادي: تقديم بينة العبد .

والثاني : يتعارضان . انتهى .

والصحيح : ما رجحه العبادي ،فقد قال الرافعي في «الشرح الصغير» : إنه أظهر القولين ، وكذلك النووي في أصل « الروضة » .

قوله : ولو قال لسالم : إن مت [ق : أ] [في رمـضان فأنت حر ولغانم إن مت][1] في شوال فأنت حر ، فأقام كل واحد بينة تقتضي حريته فقولان :

أحدهما : يتعارضان .

والثاني : تقدم بينة سـالم ، فإن قلنا بالتعارض : رق العـبدان على القول بالسقـوط وعتق من كل واحـد نصفه على القـسمـة ، ثم قال : وحكى « ابن كج » عن بعض الأصحاب أنه إذا وجد التعارض في مثل هذا غلبت الحرية. انتهى .

ومعنى تغليب الحـرية كما قـاله في « الروضة » من « زوائده » : أنه لا يحكم بسقوط البينتين .

---

(١) سقط من أ .

قال رحمه الله : ولنختم ما ذكرناه ببابين

الأول : في مسائل منثورة

قوله : ادعى شريكان فصاعداً حقًا على إنسان وأنكره يحلف [كل واحد] (١) يمينًا فإن رضي الكل بيمين واحدة فوجهان :

أحدهما : يجوز ، لأن الحق لهم .

والثاني : لا يجوز ، كما لا يجوز الحكم بشاهد واحد وإن رضي الخصم . انتهى .

والأصح المنع ، فقد صححه جماعات منهم الشيخ في « التنبيه » وجزم به الرافعي في كتاب اللعان ، وقاس عليه مسألة من مسائل اللعان ، وذكر الماوردي هناك أن الإصطخري قال : اتفق فقهاء زماننا على خطأ من جوزه وصححه في « الروضة » هنا من « زوائده » وحكى الماوردي عن أبي إسحاق وجهًا ثالثًا ، وصححه وهو أنهما إن كانا قد ادعيا ذلك الحق من جهة واحدة مثل إن تداعيا دارًا ورثاها عن أبيهما أو قال : شركة بينهما ، حَلَفَ لهم يمينًا واحدة .

وإن كان الحق من وجهين حلف لكل واحد على الانفراد وبهذا أجاب الغزالي في كتاب النكاح .

وقيل : يجوز أن يحلف يمينًا واحدة ، وإن لم يرض الخصوم ، قاله الفوراني ونقله عنه في « البحر » وحكاه أيضًا في « الكفاية » .

وقد ذكره الرافعي في كتاب اللعان في عكس ما نحن فيه ، وهو ما إذا توجهت له اليمين على جماعة ما يؤيده ، فقال : لو شهد له شاهد بحق

---

(١) سقط من أ .

على رجل وعلى آخر بحق آخر جاز أن يحلف معه يمينًا واحدة .

قـوله : وعن نصـه أن المسناة الحـائلة بين نهـر شـخص وأرض آخـر في يدهما .انتهى .

المسناة : بميم مضمومة وسين مهملة مفتوحة ونون مشددة بعدها ألف .

قوله في « الروضة » : ولو ادعى مائة درهم على إنســان ، فقال : قضيت خمسين ، لم يكن مُقِرّا بالمائة ، وكذا لو قال :قضيت منها خمسين . انتهى .

وهذا الكلام فيه نظر ، وعلل الرافعي المسـألة الثانية بقوله لجواز أن يريد من المائة التي يدعـيهـا ، وليس عليّ غـير الخـمسين . هذا لفظه ، وجـزم الشيخ أبو إسحاق في « التنبيه » بأنه إذا قال : قضيته ، كان إقرارًا بالحق ، ولم يعترضه النووي في « التصحيح » .

قوله : ولو تنازعـا دارًا ولأحدهما فيـها متاع فـهي في يده ، فإن لم يكن المتاع إلا في بيت لم يجعل في يده إلا ذلك ، هكذا ذكروه . انتهى .

وما ذكروه هاهنا من الترجيح بوجود المتـاع قد ذكر ما يخالفه في أواخر الصلح ، وقد سبق ذكـر لفظه هناك فراجعه ، وتبعـه عليه في « الروضة » على الموضعين .

قوله في المسـائل المنقولة عن « فتـاوى القفال » وغيـره : وإنه إذا غصب المرهون مـن المرتهن كــان لكل واحــد من الراهن والمرتـهن أن يدعــه على الغـاصب ، والراهن يقول في دعـواه : إن لي ثوبًا كنت رهنته من فـلان وأنه غـصبـه منه ويلزمـه الرد إليّ . ولو اقـتصـر على قـوله : إن لي عنده ثوبًا من صفته كذا ، ويلزمه التسليم إليّ جاز ... إلى آخره .

واعلم أن هذه المسألة ـ أعني مـخاصمة المرتهن ـ [قـد ذكرها أيضًا في الباب الثالث من أبواب الرهن ، والباب الثالث من أبواب الإجارة .

وقد اختلف فيها كلامه اختلافًا عجيبًا من ثلاثة أوجه سبق إيضاحه في الرهن ، ولم يتعرض في « الروضة » هنا لمخاصمة المرتهن ، وسببه أنه وقع في عِدَّة من نسخ الرافعي إسقاط وهو حق « المرتهن » إلى « المرتهن »][(١)] فوقعت للنووي فاختصرها باجتهاده .

قوله : وأنه لو باع دارًا وادعى أنها وقف لم تسمع بينته ، وقال العراقيون: تسمع إذا لم يكن قد صرح بأنها ملكه .

وقال الروياني : لو باع ثم قال : بعت ، وأنا لا أملك ثم ورثته ، إن قال حين البيع : هو ملكي ، لم تسمع دعواه ولا بينته ، وإن اقتصر على البيع سُمِعت ، نص عليه . انتهى .

وحاصله أن المعروف المنصوص سماع الدعوى والبينة عند عدم الاعتراف بأنه ملكه ، ولم يشترطوا فيه إبداء وجه محتمل .

وهو يشكل على ما ذكروه في المرابحة ، وقد تقدم التنبيه عليه هناك فراجعه .

قوله : وفي « فتاوى القاضي الحسين » : أنه لو ادعى عليه عشرة فقال : لا يلزمني تسليم هذا المال اليوم ، لا يجعل مقرًا ؛ لأن الأقارير لا تثبت بالمفهوم . انتهى كلامه .

وهو يوهم أن هذا الجواب مقبول ، والصحيح كما سبق في جواب الدعوى :أنه لا يصح الجواب إلا إذا نفي كل جزء منها ، فيقول : لا يلزمني تسليم شيء منه .

قوله : وسئل الشيخ أبو إسحاق الشيرازي ـ رحمه الله ـ عن رجلين تنازعا دارًا ، فأقام [أحدهما بينة أنها ملكه وادعى الآخر أنها وقف عليه ولم

---

(١) سقط من أ .

يقم بينة فحكم القاضي لمدعي الملك ، ثم ادعى آخر وقفيتها وأقام] [١]مدع الملك البينة على حكم القـاضي له بالملك ، وأقام مدعي الوقف بينة بالوقـفية فرجع الحـاكم بينة الملك ذهابًا إلى أن الملك الذي حكم به يقـدم على الوقف الذي لم يحكم به ، ثم تنازع مدعـي الملك وآخر يدعي وقفيـتها فأقـام مدعي الملك بينة لحكم الحاكم له بالملك وتقديم جانبه .

وأقام الآخـر بينة على أن الوقف الذي يدعيه قـضى بصحتـه قبل الحكم بالملك ، وترجحـه على الوقف هل يريد حكم الحاكم بذلك ؟ فـقال : نعم ، يقــدم الحكم بـالوقف على الحكـم بالملك ، وينـقض الحكم بالوقـف الحكم بالملك . انتهى كلامه .

واعلم أن الحكم عندنا ليس من المرجحات فإذا سبق أحد الخصمين وأقام بينة فحكم الحاكم له بمقتضى بينته ، ثم أقـام الآخر بينة تقتضي التساوي أو الرجحان على الأولى رتبنا عليها مقتضاها .

إذا علمت ذلك فما نقله الرافعي هاهنا مقتضاه ترجيح الوقف من حيث هو على الملك عند التعارض، وهو خلاف المذكور قبل هذا بدون الصفحة ، فإنه نقل عن « فتاوى القاضي الحسين » أن بينتي الوقف والملك تتعارضان .

قوله : حكى الهـروي عن العبـادي أن من ادعى عليه وديعة ، فـقال : لا يلزمني دفع شـيء إليه ، لا يـكون هذا جـوابًا ، لأن المودع لا دفع عليـه ، إنما يلزمه التـخلية ، والجواب الصحـيح أن ينكر أصل الإيداع ، أو يقول : هلك في يدي أو رددته ، وهذا يخالف كلام الأصحاب .

ألا تراهم يقولون : من جحد الوديعة فـقامت بينة بالإيداع فادعى تلفًا أو ردًا قبل الجحود نظر : أكانت صيـغة جحوده إنكار أصل الوديعة أم قال : لا يلزمني تسليم شيء إليه ؟. فإما أن يقدر خلاف أو يأول ما أطلقوه . انتهى .

---

(١) سقط من أ .

قال في « الروضة » : الذي قاله العبادي صحيح وتأويل كلامهم متعين وهو أنهم أرادوا إذا جرى منه هذا اللفظ فحكمه كذا ؛ لأن القاضي يقنع بهذا الجواب مع طلب الخصم الجواب .

قوله نقلاً عن العبادي : وأنه لو شهد شاهدان بالقتل على رجل في وقت معين ، وآخران أنه لم يقتل في ذلك الوقت لأنه كان معنا لم يغب عنا تعارضت البينتان .

وقد سبق من نظائر هذا ما يخالفه . انتهى كلامه .

وهذه الشهادة التي جوز العبادي سماعها حتى حكم بالتعارض شهادة على نفي لكنه محصور وحاصل كلام الرافعي : مخالفة العبادي في القبول، وقد جزم ـ أعني الرافعي ـ بردها أيضًا في باب القسامة ، وخالف الموضعين المذكورين في آخر تعليق الطلاق فنقل أن ظاهر المذهب قبولها ولم يعترضه، وقد تقدم ذكر كل من الموضعين في بابه فراجعه .

واعلم أن النووي قد استدرك على الرافعي في هذا الباب ، فقال : قلت : مراده أن البينة الثانية شهدت بالنفي ، وقد سبق أن شهادة النفي لا تقبل إلا في موضع الضرورة كالإخسار وقد تقدم في [الفصل السابق][1] عن « فتاوى الغزالي » ما يوافقه لكنه ضعيف .

والصواب : أن النفي إذا كان في محصور يحصل العلم به قبلت الشهادة انتهى .

وهذا الذي ذكره النووي هنا من « زوائده » مخالف لما وافق عليه الرافعي في باب القسامة .

(١) سقط من أ .

الباب الثاني : في دعوى النسب

قوله : فإذا وطء اثنان في بعض هذه الصوره في طهر واحد ، وأتت المرأة بولد عرض على القافة ، ثم قال : فإن تخلل بين الوطأتين حيضة ، فهي أمارة ظاهرة في حصول البراءة عن الأول فينقطع تعلقه ، إلا أن يكون الأول زوجًا في نكاح صحيح ، والثاني واطئًا بشبـهة أو في نكاح فاسد ، فلا ينقطع تعلق الأول ، لأن إمكان الوطء مع فراش النكاح قائم مقام نفس الوطء .

فالإمكان حاصل بعد الحيضة .

وإن كان الأول زوجًـا في نكاح فاسد ففي انقطـاع تعلقه بتخلل الحيـضة قولان :

أحدهما : أنه كالنكاح الصحيح .

وأظهرهمـا : خلافه ، لأن المرأة في النكاح الفاسـد لا تصير فراشًـا ما لم توجد حـقيـقة الوطء ، هكذا نقل الصـورتين الإمام وصاحـب « الكتاب » . انتهى كلامه .

والاستشــهاد المذكور أخرًا عجـيب غير مطابق لكلام الإمام فـإن كلامه يقتـضي أنه متـفق عليه وليس كـذلك ، بل هو مفرع علـى القولين في أن النكاح الفاسد يلحق بالنكاح الصحيح أم لا ؟ فإن قلنا : يلحق به ، صارت فراشًا بإمكان الوطء ولا حاجة إلى تحقيقه حتى لو أنكر الوطء لم يفد ، وقد صرح الإمـام بهذا الخلاف أيضًـا وأوضحه إيضـاحًا حسنًا وصـرح به أيضًا الرافعي في آخر الباب الأول من أبواب العدة .

قـوله : ولو اتفـق الزوجـان والواطء فـلابد من البـيـنة على الوطء ؛ لأن

للولد حقا في النسب واتفاقهما ليس بحجة عليه ، فإذا قامت البينة عرض على القائف . انتهى كلامه .

وما ذكره من اشتراط البينة قد خالفه في كتاب اللعان في أوائل الركن الثالث منه فذكر ما حاصله : الجزم بأنه لا تشترط البينة ، وقد ذكرت لفظه هناك فراجعه .

قوله : فلو استلحق مجهولاً وله زوجة فأنكرت ولادته واستلحقته امرأة لها زوج فأنكره حكى في « الوسيط » فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أن أمه التي تستلحقه دون المنكرة .

والثاني : أن أمه زوجة صاحب اليد .

والثالث : يعرض على القائف فيلحقه بإحداهما ، ولو كانت الصورة بحالها فأقام كل واحد بينة فعن ابن سريج أربعة أوجه : أحدها : أن بينة الرجل أولى .

والثاني : بينة المرأة أولى ، لأن ولادتها محسوسة .

والثالث : يتعارضان .

والرابع : أنه يعرض على القائف فإن ألحق الولد بالرجل لحقه ولحق زوجته، فإن ألحقه بالمرأة لحقها دون زوجها . انتهى .

تابعه فى «الروضة» على حكاية الأوجه هكذا ، وفيه أمران :

أحدهما : أن الأصح فى المسألة الأولى أن الولد لا يكون ابناً لواحدة من المرأتين ، فقد سبق قبيل هذا أن الرجل إذا استلحق ولداً لا يلحق زوجته على الصحيح، وسبق فى اللقيط أن المرأة لا يصح استلحاقها على الصحيح فلزم من ذلك ما ذكرناه فاستحضره .

الأمر الثـاني : أن ما ذكره في الوجه الرابع وهو المذكـور في آخر كلامه من أنه إذا ألحقـه بالمرأة لحقهـا دون زوجهـا خلاف المذهب، فقـد سبق في اللقيط أن المنصوص أنه يلحقه، وصححـه أيضاً مع غير البينة إن قلنا بصحة استلحاقها .

قوله : إحداها : إذا لم يجد قائفاً أو تحير ولم يحر جواباً وألحق الولد بهما أو نفاه عنهما وقف إلى أن يبلغ . انتهى .

عبر أيضاً في باب اللقيط بقوله إذا لم يجد قـائفاً ، ومقتضاه أن وجدانه في مكان بعيد أو قريب يمنع من الحكم بالمثل، وليس كذلك كما تقدم التنبيه عليه في كتاب اللقيط .

واعلم أن العرب تقول كلمته فما أحار جواباً بالحاء والراء المهملتين، أي فما رده ، وحينئذ فقول الرافعي ولم يحر هو بضم الباء أي لم يرده .

قوله : فـإذا بلغ أمرناه بالانتسـاب إلى أحدهما بحـسب الميل الذي يجده، فإذا امتنع حبس ليختاره، وإذا اختـار كان اختياره كإلحاق القائف، وإن قال : لا أجد ميلاً إلى أحدهما بقي الأمر موقوفاً . انتهى كلامه .

وما ذكره من الحبس وتابعه عليـه في «الروضة» محله إذا اعترف بوجود الميل فإن لم يعترف به لم يحبس،صرح به الإمام في «النهاية» في هذا الباب وأوضحه أحسن إيضاح وكلام الرافعي لا ينافيه فتعين الحمل عليه .

نعم إذا سئل فسكت فيتجـه الحبس إلى أن يخبر بأنه لا ميل عنده أو بما عنده من الميل .

قوله : ولا عبرة باختياره قبل البلوغ ، وقيل يخير المميز ،وقد سبق هذا في اللقيط . انتهى .

وظاهره يقـتضى أن الخـلاف وجهـان ، والخلاف قـولان قديم وجـديد

[والجديد] (١) أنه لابد من البلوغ .

كذا حكاه، الماوردي وصاحب «العدة» [في كتاب العتق .

قوله : ولا يصح إعتاق غير مالك إلا بوكالة أو ولاية . انتهى] (٢) .

اعلم أنه أشار بالولاية إلى إعتاق الولي عن الصبي والمجنون إذا لزمهما كفارة قتل ، وقد اختلف نقل الرافعي في هذه المسألة، وتبعه عليه في «الروضة»، وقد سبق إيضاح ذلك في كفارة القتل ،وكلامه يتناول الإعتاق عن السفيه في كفارة القتل ونحوها كاليمين والظهار والجماع في رمضان لكنه ذكر في باب الحجر أنه ينتقل في كفارة اليمين إلى الصوم .

قوله : وصرائح الطلاق وكناياته كلها كنايات في العتق . انتهى.

تابعه في «الروضة» على هذا الإطلاق ويستثنى منه ما إذا قال لعبده أنا منك طالق فإنه لا يعتق ،ولو قال أنا منك حر، أو أعتقت نفسي منك، ونوى إعتاق العبد لم يعتق أيضاً على الأصح .

كذا ذكره «الرافعي» في كتاب الطلاق ، قال بخلاف مثله في العتق، وفرق بأن الزوجية تشمل الجانبين، والرق مختص بالعبد ، وقد استثنى «الغزالي» أيضاً من هذا الإطلاق أن يقول لعبده : اعتد أو استبرأ رحمك فإنه لا يعتق بذلك، وإن نواه ،ولو قاله لأمته فوجهان وينبغي اختصاص الوجهين بما إذا لم تكن الأمة موطوءة فإن كانت كان ذلك كناية قطعاً .

قوله : ولو قال وهبتك نفسك ونوى العتق عتق، وإن نوى التمليك فعلى ما سنذكره إن شاء الله تعالى في ما إذا قال بعتك نفسك .انتهى كلامه.

والمسألة المحال عليها، وهي مسألة البيع مذكورة في أول الكتابة، وحكمها أنه لابد من القبول على الفور .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

إذا علمت ذلك ففيه أمران :

أحـدهمـا : أنه قد أهمل قسماً ثالثاً وهو مـا إذا لم ينو شيئاً فالحكم فيه كالحكم في ما إذا نوى التمليك حتى أنه يحتاج إلى القبول .

ويصح بدون هذه النيـة، كما أن التـمليك كذلك هذا حاصل مـا ذكره هناك، وذكر أيضاً نـحوه في الباب الثاني من أبواب الوصيـة قبل الكلام في المسائل الحسـابية بدون ورقة فقـال مستدلاً لمسـألة ما نصه : كقـوله لعبده: ملكتك نفسك أو وهبـتك نفسك فإنه يشـترط فيه القـبول في المجلس، ولو قال : وهبتك نفسك، ونوى به العتق عتق بلا قبول هذا كلامه .

الأمر الثـاني : أنه جزم في التمليك بالصـحة وحكى في لفظ البيع قولاً أنه لا يصح فـغاير بينهمـا إلا أن يريد أنه ذكره في الكلام علـى البيع لا أن حكمه كحكمه .

قوله : ولو كانت أمته تسمى قبل جريان الرق عليها حرة فقال لها : ياحرة إلى آخره .

فيــه كلام سبــق في أول الباب الثاني في أركـان الطلاق في أول الركن الثالث منه فراجعه .

قـوله : وفي «فـتاوى الغـزالي» أنه لو اخـتـار بالمكاس نخـاف أن يطالبـه بالمكس عن عبده فقال : إنه حر، وليس بعيـد، وقصد الإخبار لم يعتق في ما بينه وبين الله تعالى، وهو كـاذب في خبره ومقتـضى هذا أن لا يقبل ظاهراً . انتهى كلامه .

وما أشعر به كلام الغزالي من عدم القـبول ظاهراً وأقره عليه، قد تابعه عليه أيضاً في «الروضـة» ومقتضى المذهب خلافه ، فـفي آخر الباب الأول من أبواب الطلاق أنه لو قـال لها أنت طالق وهو يحلهـا من وثاق ثم إدعى أنه أراد الطلاق من ذلك الوثاق فـإنه يقـبل على الأصح لأجل القـرينة ولا

شك أن مروره بالمكاس قرينة ظاهرة في إرادة صرف اللفظ عن ظاهره.

قوله : في «الروضة» ولو قال يامولاي فكناية، ولو قال له ياسيدي قال القاضي الحسين والغزالي : هو لغو ، وقال الإمام : الذي أراه أنه كناية . انتهى .

صرح في «الشرح الصغير» برجحان الكناية، فقال : والأشبه عند الإمام وغيره أنه كناية ،وهو الجواب في « التهذيب » ، وهذا الذي ذكره في «الصغير» كلامه في «الكبير» أيضاً يحتمله وكذلك أجاب به أيضاً في «الحاوي الصغير».

قوله : ولو قال جعلت عتقك إليك أو جوزتك ونوى تفويض العتق إليه فأعتق نفسه في الحال عتق كما في الطلاق .

وتعبيره بقوله حررتك قد شاهدته أيضا بخط النووي في «الروضة» كما هو موجود في نسخ الرافعي وهو غير مستقيم ،فقد ذكر الرافعي قبل هذا أن هذه اللفظة صريحة وصوابه : حريتك مصدراً مضافاً كاللفظ المذكور قبله وهو العتق .

والظاهر أن الرافعي إنما ذكره هكذا، ولكن تحرف على النساخ فتابعهم في «الروضة» .

قوله : فروع أكثرها عن ابن سريج : إذا قال أول من دخل الدار من عبيدي أو أي عيد من عبيدي دخل أولاً فهو حر، فدخل اثنان معاً ثم ثالث لم يعتق واحد منهم ،أما الثالث فظاهر . وأما الاثنان فلا يوصف واحد منهما بأنه أول . انتهى كلامه .

وما جزم به من عدم عتق واحد من الاثنين قد ذكر نحوه في باب تعليق الطلاق في الكلام على التعليق بالولادة، ثم قال : وقال الشيخ أبو على : يحتمل وقوع الطلاق عليهما لأن كلا منهما يوصف بأنه أول ولد إذا لم يلد

قبله غيره، لأنه لو قال أول من رد آبقي فله دينار فرده اثنان استحقا الدينار، قال : وعرضته على الشيخ يعني القفال فلم يستبعده .

وإذا علمت ذلك فاعلم أن هذه المسألة هي نظير ما إذا أوصى سيد المكاتب فقال : ضعوا عن مكاتبي أوسط نجومه في العدد، وكان عددها شفعاً فالأوسط اثنان كالثاني والثالث من أربعة ، فهل الأوسط كلاهما أو أحدهما فقط ويعينه الوارث ؟ فيه خلاف ذكره الرافعي في الباب الثاني من أحكام الكتابة في الحكم الثالث منه ، وقد ذكرناه هناك، وبينا أن مذهب الشافعي هو الأول فراجعه .

وإذا ظهر ذلك علمت أن ما قاله الرافعي ههنا وفي الطلاق خارج عن المقالتين جميعاً، وذكر «الرافعي» في باب المسابقة ما حاصله أن الأول يطلق على المتعدد وهذا هو الحق .

قوله : إذا قال أول من يدخل الدارمن عبيدي أو أي عبد من عبيدي دخل فهو حر فدخل واحد لا غير، فهل يعتق ،لأنه إنما يكون أولاً إذا كان هناك ثان ؟ فيه وجهان في تعليق الشيخ أبي حامد أصحهما : أنه يعتق . انتهى كلامه .

والذي صححه أبو حامد قد صححه النووي في أصل «الروضة» .

قوله : ولو قال لعبدين له إذا جاء الغد عتق إحدهما وعليه التعيين، ولو باع أحدهما أو أعتقه أو مات قبل مجيء الغد ، ثم جاء الغد والآخر في ملكه.

لم يتعين للعتق ،وعلل بأنه لا يملك حينئذ أعتاقهما، فلا يملك إيقاع العتق في أحدهما كما لو قال لعبده وعبد غيره أحدكما حر لا يكون له حكم، وهذا غير مسلم ، أليس ذكرنا في الطلاق وجهين في ما إذا قال لزوجته وأجنبية : إحداكما طالق أنه هل يقبل قوله أردت الأجنبية .فقد اتفق

الوجـهان على أن له حكمـاً وأثراً ، إنما الكلام في أنه هل يمكن من الصـرف عن الزوجة . انتهى كلامه .

وحاصله أن الرافعي مخالف لما قاله هذا الـقائل من عدم التعيين للعتق، وقد اقتصر في «الروضـة» على ذكر المنقول أولاً وعلى بعض تعليله، وأوهم أن الرافعي موافق عليه وهو اختصار عجيب فتفطن له .

قال رحمه الله : وخصائص العتق التي ينفرد بها عن الطلاق خمس :

الأولى : [السراية] (١) .

قوله : ولو قال لأمـته الحامل إن كان أول من تلديه ذكراً فـهو [حر] (٢) ، وإن كان أنثى فـأنت حرة فولدت ذكـراً وأنثى ، فإن ولدت الذكـر أولاً أعتق ورقت وإن ولدت الأنثى أولاً عتقت الأم والذكر أيضاً لكونه في بطن عتيقة، وترق الأنثى لأن عتق الأم طرأ بعد مفارقتها . ولو ولدتهما معاً فلا عتق إذ لا أول منهما .

ولو لم يعلم هل ولدتهمـا معاً أو مرتباً ؟ فلا عـتق للشك ولو علم سبق أحـدهما وأشكل ، فـالذكر حـر بكل حـال والأنثى رقيـقة بكل حـال والأم مشكوك فيها فيؤمر السيد بالبيان .

فإن مات قبل البيان، فالأصح أنها رقيقة عملاً بالأصل، وقال ابن الحداد: يقرع بينهمـا بسهم رق وسهم عتق ، وذكر في « تقريبـه » أنه يقرع بينها وبين الغلام، فـإن خرجت على الغلام لم يعـتق غيره، وإن خـرجت عليها عـتقت ولم ترق الأم ويجوز أن يقرع بين شخصين وتعـمل القرعة في أحدهما دون الثاني . انتهى كلامه .

ثم استشهد ابن الحداد على ما ذكره آخراً بمسألة الغراب المشهورة .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

وما ذكره الرافعي عن «التقريب» لابن الحداد أسقط من «الروضة».

قوله : فمن أعتق بعض مملوك والباقي لغيره فيعتق نصيبه ،فإن كان موسراً بقيمة باقية لزمه قيمته للشريك، وعتق الباقي عليه. انتهى كلامه .

وهذا التعبير قد ذكره ،الرافعي، في غالب هذه المسائل، وهو صريح في إيجاب قيمة النصف مثلاً ، لا نصف القيمة وبينهما فرق ظاهر فإن نصف القيمة أكبر من قيمة النصف لأجل [التشقيص] (١) لكن قد ذكر الرافعي ، في مواضع ما يخالفه :

منها عقب هذا بأسطر ، فإنه ضرب مثالاً في عبد قيمته عشرون، وذلك المثال لا يستقيم إلا على إيجاب نصف القيمة فراجعه .

وقد تقدمت قاعدة هذه المسألة مبسوطة في الباب الرابع من أبواب الصداق .

قوله : في «الروضة» : ولو ملك قيمة الباقي لكن عليه دين بقدره قوم عليه على الأظهر واختاره الأكثرون لأنه مالك لما في يده نافذ فيه تصرفه.

ثم قال ما نصه : فعلى الأولى يضارب . انتهى كلامه .

والحكم الذي ذكره في آخره تفريعاً على أنه لا يحصل بنفس الإعتاق غلط ،فإن الكلام على تقدير أن لا يصيبه بالمضاربة ما يرمي بجميع النصيب فإذا فرعنا عليه وفرعنا على أن السراية تتوقف على أداء القيمة، لم يتصور مع ذلك عتق الجميع، بل لا يمكن إلا عتق البعض ، وقد ذكره الرافعي على الصواب ولكن حصل في كثير من النسخ إسقاط ، وهو من صيغة الإعتاق إلى الإعتاق فوقع للنووي بعض تلك النسخ فاختصر منها .

---

(١) سقط من أ .

واعلم أن القول بالتوزيع يتجه إن حجر الحاكم عليه، فإن لم يحجر لم يتعين التوزيع لأنه يجوز لمن عليه ديون أن يوفي ما شاء منها، وإذا ادعى عليه بعضهم ألزمه القاضي بوفاء دين المدعى، وإن أدى إلى إعساره عن ما عداه .

قوله : ولو ملك شقصين من عبدين وأعتقهما مداً عتق نصيبه منهما وسرى إلى نصف نصيب الشريك من كل منهما فيعتق من كل منهما ثلاثة أرباعه وهذا إذا حكمنا بالسراية في الحال وقلنا اليسار بقيمة بعض النصيب يقتضي السراية بالقسط، وإن أعتق مرتباً سرى إلى جميع الأول ، ثم إن قلنا الدين يمنع السراية فلا سراية في العبد الثاني. وإلا فيسري وما في يده يصرف إلى الشريك والباقي في ذمته .

وإن كان الشقصان لشخصين صرف إلى [كل] (١) منهما نصفه ولو ملك الشقصين فأعتقهما معاً ولا مال له غيرهما فلا سراية لأنه معسر .

قال الشيخ أبو علي : والسراية في الصورة الأولى إنما هو تفريع على غير السراية ، فإن قلنا لا تسري إلا بوصول القيمة امتنعت السراية لأنه لم يبق له مال بإعتاق النصف الثاني ، ثم قال : وهذا أي ما قاله الشيخ أبو علي ليس بواضح ، وينبغي أن يكون في ذمته إلى أن يجد فإن مات معسراً فسيأتي حكمه . انتهى كلامه .

وما ذكره في الرد على الشيخ أبي علي عجيب وذهول عن ما سيأتي في الكلام على شروط السراية ، عن الشيخ أبي علي والصيدلاني والروياني والغزالي أن طرءان الإعسار على هذا القول مانع من السراية ، حتى أنه نقل عن الشيخ أبي علي أن عود اليسار بعد ذلك لا أثر له ولم ينقل في المسألتين

---

(١) سقط من ب .

إلا احتمال للإمام خاصة فراجعه .

وقد أسقط في «الروضة» : مقالة أبى على هذه .

قوله : ولو كان بين ثلاثة عبد فأعتق اثنان نصيبهما وأحدهما موسر دون الآخر يقوم نصيب الثالث على الموسر بلا خلاف . انتهى كلامه .

وما ادعاه من نفي الخلاف قد تبعه عليه في «الروضة» وليس كذلك فقد جزم القاضي الحسين في «تعليقته» عند الكلام في ما إذا كان المعتق موسراً ببعض القيمة بأنه يعتق على الموسر بالسراية ما كان يخصه لو كانا موسرين، ثم قال : ويحتمل أن يقال يقوم جميع نصيب الذي لم يعتق على هذا الموسر هذا كلامه، لكنه جزم في موضع آخر بما يخالفه .

[قوله] [(١)] **ولو باع شقصاً ممن يعتق وارثه بأن باع ابن أخيه بثوب ، ومات وورثه إخوته فوجد بالثوب عيباً فرده واسترد الشقص وعتق عليه ففي السراية وجهان فإنه تسبب في تملكه لكن مقصوده رد الثوب** . انتهى واعلم أن هذه المسألة قد ذكرها الرافعي بعد ذلك بنحو ست أوراق قبيل الخاصية الثالثة من خواص العتق، واقتضي كلامه أن الأصح فيها عدم السراية، وتابعه عليه النووي في «الروضة» . فإن الرافعي ذكر مسألة ورجح فيها عدم السراية، ثم قال : ويجري الخلاف في كذا وكذا وذكر هذه المسألة فيها وقد صحح النووي هنا من «زوائده» أنه يسري على خلاف المذكور هناك .

قوله : لو أوصى لزيد بشقص ممن يعتق عليه ولا يعتق على وارثه، كما لو أوصى له بشقص من أبيه وارثه أخوه من الأب فمات وقبل الوصية أخوه عتق ذلك الشقص على الميت وسرى إن كان له تركة بقي ثلثها بقيمة الباقي لأن قبول وارثه كقبوله في الحياة ، قال الإمام ؛ هكذا ذكره الأصحاب، وفيه

---

(١) سقط من أ .

وقفة لأن القبول حاصل من غير اختياره . انتهى كلامه.

وهو يقتضي أن هذه الوقفة لم يقل بمقتضاها أحد وأن الأصحاب متفقون على السراية ، وليس كذلك فقد ذكر الرافعي في الوصية أن الشيخ أبا على ذهب إلى عدم السراية ، وحكاه عن بعض الأصحاب .

قوله : وإن أطلق وقال للعبد وهو يملك نصفه : أعتقت نصفك ، فعلى ما يحمل ؟ فيه وجهان :

أحدهما : على النصف الذي يملكه ، فإن الإنسان إنما يعتق ما يملكه.

والثاني : أنه يجري اللفظ على إطلاقه ، ويحمل على النصف شائعاً لأنه لم يخصصه بملك نفسه وعلى التقديرين يعتق جميع العبد إذا كان موسراً أما على التقدير الأول فيعتق [نصفه] (١) الذي يملكه ، ثم يسري ، وأما على الثاني فلأنه يعتق نصف نصفه وهو ربع العبد، ثم يسري إلى باقي نصيبه، ثم إلى نصيب الشريك .

قال الإمام ولا يكاد يظهر لهذا الخلاف فائدة إلا أن يفرض تعليق طلاق أو عتاق بأن يقول إن أعتقت نصفي من هذا العبد فامرأتي طالق فإن قلنا بالوجه الأول وقع الطلاق، وإن قلنا بالثاني فلا . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره تفريعاً على الوجه الثاني من كونه يسري أولاً إلى باقي نصفه، ثم بعد ذلك إلى نصيب شريكه ، لم يذكره في «الروضة» وإنما ذكر مطلق السراية وفيه نظر ـ أعني الترتيب المذكور ـ بل ينبغي أن يسرى إليهما معاً ولا يتأخر أحدهما عن الآخر، لأن الموجب لهما موجود ولا مانع

---

(١) سقط من أ .

منه .

الأمر الثاني : أن الخلاف تظهر فائدته في غير التعليق في مسألتين :

إحداهـما : إذا وكله شريكه في إعتاق نصفه، فإن قلنا : إن العتق يقع شائعاً عتق جميع العبد شائعاً على الموكل والكيل ،وإن قلنا يقع على نصيبه لم يعتق حصة الشريك .

وقد حكى ابن الصباغ في هذه الصور وجهين :

أحدهما : أنه يتناول نصيب شريكه لا غير .

والثاني : أنه يختص بنصيب نفسه لأنه لا يحتاج إلى نية .

وهذه الفائدة قد ذكرها ابن الرفعة هكذا مقتصراً عليها .

المسألة الثانية : سؤال العتق على عوض ولتقدم عليه مقدمة .

وهي أن المرأة لو قالت : طلقني ثلاثاً ولك ألف فطلقهـا طلقة ونصفا، فهل يسـتحق ثلثي الألف بوقوع طلقتين، أو النصف خـاصة لأنه إنما أوقع نصف الثلاث والتكمل حكم الشرع ؟

فيـه وجهـان في كتـاب الخلع من الرافعي من غـير ترجـيح ، ورجح النووي من «زوائده» .

الوجـه الـثـاني : فإذا تقرر مـا قاله هناك جاء مثله هنا ،فـإذا قال أعتق النصف الذي لك على ألف فـأطلق إعـتاق النصف، فـإن قلنا يتـرك على نصفه استحق ، وإن قلنا يكون شائعاً حتى لا يعتق أولاً إلا نصف نصيبه ثم يسري فالراجح أنه لا يستحق إلا نصف الألف كـما تقدم لأن الإعتاق على مال كالخـلع على مال كما قـاله الرافعي في كفارة الظهـار وهو موضع هذه المسائل ثم إن صورة المسـألة ما إذا قال أعتقـه عنك ،وكذا لو أطلق على ما

صححه في الظهار .

أما لو قال عني ففي سريانه خلاف ، نقف عليه إن شاء الله تعالى قبل التدبير .

قوله : الثالثة : أقوى القولين أن التدبير لا يمنع السراية .فإن قلنا لا يسري ورجع السيد عن التدبير فهل يسري حينئذ ؟ قال أكثرهم لا . انتهى .

واعلم أن الصحيح امتناع الرجوع من التدبير بالقول فتكون هذه المسألة مفرعة على الضعيف .

قوله : ولو باع نصف عبد يملك نصفه، فإن قال : بعتك النصف الذي أملكه صح ، وإن قال : بعتك نصفه فهل يحمل على ما يملكه أم على النصف شائعاً ؟ وجهان .

فعلى الثاني : يبطل في نصيب الشريك ،وفي نصف نصيبه قولا تفريق الصفقة ، إلى آخر المسألة .

واعلم أن هذه المسألة قد اختلف فيها كلام الرافعي والنووي معاً .

وقد تقدم ذلك مبسوطاً في الباب الثالث من أبواب الإقرار .

قوله : فمنها إذا أولد أحد الشريكين الجارية المشتركة بينهما بالسوية، فإن كان موسراً سرى الاستيلاء كالعتق ، ويسرى بنفس العلوق أو غير أداء القيمة ، أو يتبين بأدائها حصول السراية عند العلوق .

فيه الأقوال المذكورة في العتق، وعلى الأقوال يجب على المستولد نصف المهر للشريك مع نصف قيمة الجارية .

ثم قال ما نصه : ثم إن قلنا يحصل الملك بأداء القيمة فيجب مع ذلك قسط نصيب الشريك من الولد ، وإن قلنا يحصل بالعلوق أو قلنا بالتبين فقد

حكى الإمام خلافـاً للأصحاب في أنه يثبت بعد العـتق أو قبله، إن قلنا بعده وجب نصف الولد أيضاً ، وإن قلنا قبله لم يجب .

وهذا ما أجاب به في [«المهذب»] (١) . انتهى كلامه .

وتعبيره في آخر المسألة بقوله بعـد العتق تابعه عليه في «الروضة» أيضاً، وصوابه بعد العلوق فتـأمله، وهو المذكور في «النهاية» أيضاً، ثم إن النووي في «الروضة» عـبر بقوله : وجب نصف قـيمة الولد وذكر المسـألة في آخر كتـاب الكتابة وعدل عن تعـبيره الرافعي بهـذه العبارة ، وعـبر بقوله قيـمة نصف الولد .

وسأذكره هناك مختصراً .

وأما الوجـهان اللذان ذكرهما من غـير ترجيح في نصـيب الشريك من الولد، فالصحيح منهما : هو الوجوب .

كذا جزم به الرافعي في آخر التدبير، وهو أيضاً مقتضى تصحيح الرافعي عدم وجوب قيمة الولد على الأب إذا وطئ جارية ولده .

وقوله في أول المسألة : نصف القيمة ليس بجيد بل صوابه قيمة النصف كما هو مقرر في موضعه .

قـوله في «الروضة» : ولو كـان لواحد النصف ولـلثاني الثلث وللثـالث السدس فأعتق اثنان نصيبهما معاً سرى عليهما، وكيف يقوم ؟ فيه طريقان .

أحدهما : على قولين كنظيره من الشفعة .

أحد القولين : تكون القيمة عليهما بالسوية .

والثاني : على قدر الملكين .

---

(١) في ب : التهذيب .

والطريق الثاني : القطع بأنها على عدد الرؤوس كما لو مات عن جراحاتها المختلفة، ثم قال ما نصه : وهذا الطريق هو المذهب باتفاق فرق الأصحاب إلا الإمام فرجح طريق القول. انتهى كلامه .

وهذا الحصر ليس بجيد، فقد اختار الغزالي أيضاً طريقة القولين، والعجب أن الرافعي قد نقله أيضاً عنه .

قوله : الثالثة : إن قلنا بالصحيح، وهو أن السراية تحصل بنفس الإعتاق أو قلنا بالتبين، فتعتبر قيمة يوم الإعتاق ، وإن قلنا بتأخيرها إلى الأداء ففيه وجوه :

أحدها : تعتبر قيمة [يوم] (١) الأداء .

والثاني : يوم الإعتاق، والثالث : أقصى القيم .

ورجحه الإمام والغزالي ، ثم قال : لكن الذي أورده أكثرهم الثاني : ووجهوه بأن الإعتاق هو السبب الموجب للتقويم ، وإن أخر التقويم فهو كالمفوضة يجب لها مهر المثل بالدخول باعتبار يوم العقد ،لأن البضع دخل في ضمانه يومئذ وعلى أن في المفوضة وجهاً آخر أنه يعتبر يوم الإصابة . انتهى كلامه .

والرد على الإمام والغزالي في اعتبارهما الأكثر بكلام الأكثرين، وبالقياس على المفوضة صريح في أن الأكثر لا يعتبر في مهر المفوضة أيضاً وفي المسألة اختلاف عجيب سبق إيضاحه في الباب الثالث من أبواب الصداق .

قوله : في «الروضة» : ولا يقبل قول العبد إني أحسن الصنعة ولا أحسنها ، بل يجرب ولو اختلفا في عيب ينقص القيمة نظر إن ادعى المعتق

---

(١) سقط من أ .

عيباً في أصل الخلقـة بأن قال كان أكمه أو أخرس، وقـال الشريك بل بصيراً ناطقاً وقـد غاب العبـد أو مات صدق المعـتق بيمينه عـلى المذهب، وقيل في المصدق قولان :

قال البـغوي : والطريقـان في ما إذا إدعى النقص في الأعـضاء الظاهرة، أما إذا إدعاه في الباطنة فقولان كالصـورة الثانية ،وهى دعوى حدوث العيب ليمكن الشريك من البينة على سلامة الظاهر . انتهى كلامه .

وتعبيره قـوله قال البغوي : والطريقان إلى آخره غلـط فإن البغوي، لم يحك خلافاً بالكلية في هذه الحـالة ، وهي ما إذا ادعى النقص في الأعضاء الظاهرة ، بل جزم بأن القول قول المعتق .

وعبارة الرافـعي صحيحة مـوافقة لما في «التهذيب» فـإنه قد قال ـ أعني الرافعي ما نصه : فيصـدق المعتق بيمينه، لأن الأصل براءة ذمته ، والأصل عدم مـا يدعيه الشـريك، ومنهم من جعله على قـولين كما لو اخـتلفا في مقدار القـيمة مطلقاً ،والظاهر الأول ، لكن خصصـه في «التهذيب» بما إذا ادعى النقص في الأعضاء الـظاهرة ، أما إذا ادعاه في الأعضاء البـاطنة فهو على قولين ، فيما إذا ادعى حدوث العيب ، هذه عبارة الرافعي .

فالضميـر في قوله : لكن خصه عائد إلى مـا قاله الرافعي إنه الظاهر . وهو الجزم بتصـديق المعتق فتوهم في «الروضة» عوده إلى الحكم مـع ما فيه من الخلاف فصرح به فوقع في الغلط .

واعلم أن عبارة «الروضـة» في صدر المسألة توهم أن العبـد يجرب عند إنكار الصنعة،وعنـد دعواها وهو معلوم البطلان، [وعـبارة] (١) الرافـعي صحيحة فإنه قال : ولا يقـبل قول العبد على الشريك إني لست بخباز لأنه قد يكتم الصنعة ولا على المعتق إني أحسنها ، بل يجرب هذا لفظه.

---

(١) سقط من ب .

فاختصره النووي على التقديم والتأخير، وأتى بالتجربة عقبهما كما سبق فتفطن له .

قوله : الثانيـة : إذا أعتق الشريك نصيبـه قبل أخذ القيمـة لم ينفذ إن أثبتنا السراية في الحـال وإن أخرناها إلى أداء القيـمة فكذلك في أظهـر الوجهين، فإن نفـذنا الإعتـاق ففي البيع والهـبة ونحـوهما وجهـان، الظاهر المنع، وعن الشيخ أبي محمد القطع به .

وإذا قيل بنفوذ البـيع : فهل للشريك أن ينقضـه ويبذل القيمـة كما ينقض الشفيع مع المشترى ؟ فيه احتمال للإمام . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحـدهمـا : أن هذه الطريقة القاطعة وهي طريقة الشـيخ أبي محمد قد أسقطها من «الروضة» .

الثاني : أن ما ذكره في النقض قد عبر بمثله في «الروضة» ولا يعلم منه هل فيه نقل أم لا ؟ ولا أن المنقول هو النقض أو عدمه ؟ ولتعلم أن المنقول هو نقض هذه التصرفات ،كذا جزم به القاضي حسين في تعليقه .

قوله : قال الإمام : ويلزم على قولنا بنفوذ البيع أن لا يملك مطالبته به، وأن يكون المعتق مختـاراً أن يبذل القيمة كالشفـيع في بذل الثمن، وهو ضعيف . انتهى .

أسقط في «الروضة» المسـألة الثانية، مما قاله الإمام ، وهي الاخـتيار مع أنها لا تؤخذ من الأولى فتأمله .

وهذا الاحتمال أبداه القاضي حسين في تعليقه فأخذه منه الإمام .

قوله في «الروضة» : السابعة : إذا تعذرت القـيمة بإفلاس أو هرب ، فقال الشـيخ أبو على ، والصـيدلاني ، والـروياني يبقى نصـيب الشـريك رقـيقـاً ويرتفع الحجر عنه ؛ إذ لا وجه لتعطيل ملكه عليه بلا بدل وفيه احتمال للإمام

أنه يثبت العتق .

وجعله الغزالي وجهـاً، فقال : الصحيح أن إعسـار المعتق يرفع الحجر ولو عاد اليسار .

قـال الشـيخ أبو عـلي : لا يعـود التـقـويم لأن حق العـتق ارتـفع بتـخلل الإعسار، وفيه احتمال للإمام . انتهى كلامه .

وهو غير مسـتقيم لأنه إن كان التعذر من الفلس وغيره مـقارباً للإعتاق فلا عـتق ولا حجر بالكليـة ، وإن كان طارئاً فالعـتق قد وقع واسـتـمر لأن أصح الأقوال تعجيل السراية .

واعلم أن صورة المسألة أن يكون طارئاً وفـرعنا على الضعيف ،وهو أن السراية لا تحصل إلا بأداء القيمة ، أو أنه إذا أداها تبين وقوعها قبل ذلك .

وقد ذكره الرافعي على الصواب، فإنه أدرج هذه المسألة في أثناء التفريع على «الضعيف» ، وعـبر بتعبير مـستقيم، فأفرد النووي المسـألة وجزم بها، ولم يفرعها على شيء كما فرع ما قبلها ، وما بعدها على الأقوال ، ثم إنه عبـر في أثنائها بتعـبير فـاسد فقال : وفـيه احتـمال للإمام أنه يثـبت العتق فاقتضى تعبيره بالعتق أن الكلام مفروض بعد تقدم حصوله .

قوله : فرع : إذا قلنا :لا تحصل السراية قبل أداء القيمة فلو وطئ الشريك الجـارية قـبل الأداء وجب نصف المهـر لنصفـهـا الحـر، قال الإمـام : وليـقع الفرض في وطء محترم وفي ما إذا كانت مكرهة مضبوطة . انتهى كلامه .

ومـا نقله عن الإمـام وأقـره من عدم وجـوب نصف المهـر للمـرأة مع الطواعية لأجل نصفها الحـر أو أنه لا يجب لها إلا مع سبب آخر من إكراه، أو ظن ونحوه، كما في الحرة الكاملة .

قد تابعه عليه في «الروضة» أيضاً وهو غير صحيح لأن المقتضي لسقوط

الحد إنما هو شبهة الملك والشبهة قائمة .

وقد حكى الرافعي في باب الكتابة [أن السيد إذا وطئ المكاتبة] عالمة مطاوعة وجب لها المهر على الصحيح المنصوص لأن المقتضي لسقوط الحد هو شبهة الملك وهو موجود في هذه الحالة .

قوله في المسألة : ولا يلزمه النصف لمصادفته ملكه، وقيل يلزمه فعلى هذا يصرف للمعتق لأنه يستحق الانقلاب إليه، وقال الإمام : يجوز أن يقال أنه يصرف إلى الجارية ،ثم قال : وينبغي أن يتخير إكرامه، بل يثبته عند السراية حتى لو ماتت الجارية وقلنا :لا سراية بعد الموت ، فلا توجبه لتتبين استمرار الملك . انتهى .

وما ذكره في آخر كلامه قد سقط منه لفظة «لا» قبل التعبير بالتخير، ويكون أصل الكلام، وينبغي أن لا يتخير، ولما أشكل الكلام على النووي حذف المسألة من «الروضة» .

قوله : أيضاً في المسألة : وإن قلنا تحصل السراية بنفس الإعتاق فيجب جميع المهر لها، ولا حد للاختلاف في ملكه . انتهى كلامه .

وما ذكره من عدم وجوب الحد، وإن قلنا أن السراية تحصل بنفس الإعتاق ، قد ذكر بعد هذا بنحو ثلاث أوراق بما يخالفه فقال : فروع تتعلق بالسراية : الأول إن قلنا السراية تحصل بنفس الإعتاق فله حكم الأحرار في الميراث والشهادات والحدود والجنايات، وإن لم تؤد القيمة، وإن أخرناها إلى أداء القيمة فله حكم الأرقاء فيها حتى تؤدى ، وإن توقفنا توقفنا في هذه الأحكام . انتهى .

فحكمه بأنه على تعجيل السراية، كالأحرار في الحدود يدل على أن السيد إذا وطئها حدت ولا يتصور التفرقة فيقال : السيد لا يحد والأمة تحد،

وقد ذكر أيضاً ما يوافق الثاني في مواضع مــن آخر كتاب الكتابة قبيل الحكم الخامس، في الكلام على ما إذا كاتبا جارية ووطئاها جميعاً .

قوله : قـال لشريكه إذا أعـتقت نصيـبك فنصيبي حـر، فأعـتق المقول له نصيـبه ، فإن قلنا :السـراية تحصل بالإعـتاق أو بالتعـيين سرى ، لأنها قـهرية تابعة لعتـق نصيبه لا مدفع لهـا، وموجب التعليق قابل للدفع بـالبيع ونحوه، وإن قلنا بالأداء : فنصيب المعلق عن من يعتق فيه وجهان . انتهى .

وحاصل مـا ذكره هنا تقديم السـراية على التعليق على الصحـيح، وقد تقدم في البـاب الأول من أبواب الوصية قبل الركن الرابع مـا يشكل عليه، ويقتضي التسوية بين التعليق والسراية، وقد ذكرت لفظه هناك فراجعه .

واعلم أن الراجح على مـا ذكـره الرافعي فـي باب تعليق الطلاق : أن المشروط مقارن لشـرطه في الزمان ومقتضى السراية : التأخـر فصار للمعلق حكم السبق فـلم يأت زمن السراية إلا بعد عـتق المعلق فلم يصادف مـحلاً فيترجح بهـذا عتـق الأم في مـسـألتنا هنا ، ويكـون هذا الترجيـح معـارضاً لما رجح به الرافعي السـراية فيتـعارضان وتلزم القـرعة كمـا ذكرناه في باب الوصية .

قوله : لأن المعلق لا يقـارن المعلق عليه بل يتـأخر عنه لا محـالة ،ثم قال بعده : لأن عتق غانم مشروط بعتقه فلا يؤخذ دونه . انتهى .

أما الأول فتابعه عليـه في «الروضة» ، وعبر بقوله : بلا شك ، وليس كذلك ، فإن في مقارنة الشرط المشروط خـلافاً مشهوراً، وقد حكاه الرافعي في أوائل باب تعليق الطلاق في الكلام على التعليق بالتطليق إلا أنه استغربه مع أنه ليس بغريب وأما الأخير فلم يتعرض له في «الروضة» ، وصوابه لأن عتق سالم مشروط بعتقه أي بعتق غانم .

وفي هذا الكلام تنبيه على الصواب لمن طالع المسألة .

قوله : فرع : قال أحد الشريكين : أعتقناه معا ، وأنكر الآخر فإن كانا موسرين أو القائل وحده حلف المنكر . كذا أطلقه ابن الحداد ، وتابعه جماعة . وإذا حلف أخذ القيمة من المقر وحكم بعتق جميع العبد، وولاء نصيب المنكر موقوف ، فلو مات العتيق ولا وارث له سوى المقر أخذ نصف ماله بالولاء .

وهل له أن يأخذ من النصف الآخر قدر نصف القيمة الذي غرمه للمنكر؟ وجهان :

أحدهما : نعم ، لأنه إن صدق فالمنكر ظالم له وهذا ماله بالولاء، وإن كذب فهو مقر بإعتاق جميعه ، فجميع المال له بالولاء .

والثاني : لا لاختلاف الجهة . انتهى .

والأصح على ما قاله في «الروضة» هو الوجه الأول .

قوله : الثاني عن نصه في «الأم» أن العبد المشترك إذا أعطى أحد مالكيه خمسين ديناراً ليعتق نصيبه منه فأعتقه ، يرجع الشريك عليه بنصف الخمسين، وبنصف قيمة العبد ويرجع المعتق على العبد بخمسة وعشرين .

قال ابن الصباغ : وينبغي أن يكون هذا كله في ما إذا لم تقع على العين، وإنما سمى خمسين ثم دفعها عنها، وإلا فإذا وقع العتق على العين يجب أن يكون الرجوع بقيمة ما أعتق بالعوض المستحق ،قال [الإمام] [1]: ويحتمل أن يريد ما إذا كانت قيمة العبد خمسين فيستوى العوض والقيمة.

ولو كان المعتق قد قال : إن سلمت لى هذه الخمسين فأنت حر، لم يعتق لأنها لم تسلم له . انتهى كلامه .

---

(١) سقط من ب .

وقد أسقط النووي هذا الفرع جميعه فلم يذكره في «الروضة» .

قوله في «الروضة» :الثالث : لو أعتق شركاً له في جارية حبلى وهو موسر ولم تقوم عليه حتى ولدت عتق معها ولدها تفريعاً على السراية في الحال، فأما إذا أخرناها إلى الأداء فنص أنه ينبغي أن لا يعتق الولد معها لأنه إنما يعتق بعتقها إذا كان حاملاً فأما بعد الولادة فلا .

قال القاضي أبو حامد : معناه أن نصيب الذي يعتق من الولد مملوك، فأما نصيب المعتق فيجب أي يعتق .

وقال ابن الصباغ : عندي أنه أراد أن نصيب الذي لم يعتق من الولد لم يعتق بدفع نصف قيمة الأم ، وإلا فقد عتق من الولد نصيب المعتق وهو موسر ، فيجب أن يسري ، قلت : هذا الذي قاله ابن الصباغ متعين والله أعلم .

فيه أمران :

أحدهما : أن تعبيره بقوله معناه أن نصيب الذي يعتق إلى آخره ، وقع كذلك في «الروضة» التي هي بخط المصنف وصوابه لم يعتق أي بإثبات لم كما في مثله في الذي بعده بقليل وبه صرح الرافعي .

الأمر الثاني : وهو تفريع على الصواب المذكور في الرافعي وهو إثبات لم أي تفسير أبي حامد لكلام ، الشافعي حاصله أن الذي لم يصدر منه إعتاق يستمر نصيبه من الولد مملوكاً ولا يعتق بالكلية ويكون العتق خاصاً بنصيب المباشر، ورده ،ابن الصباغ، فقال مالك النصف قد أعتق نصيبه من الحمل وهو موسر، فيجب أن يسرى .

قال : ومراد الشافعي أن نصيب الشريك من الحمل لا يعتق بدفع نصف قيمة الأم وعتقها قال : لأنه لا يتبعها بعد الوضع، هكذا علله

صاحب «الشامل» .

قوله : الرابع : وكل أحد الشريكين الأخر في عتق نصيبه،فقال الوكيل للعبد : أعتقت نصفك فإن قال أردت نصيبي قوم عليه نصيب شريكه، وإن قال أردت نصيب شريكي قوم على الشريك وإن أطلق فيعتق عن الموكل لأنه أعتق بعد أمره أو عن الوكيل لأن إعتاقه عن نفسه مستغني عن النية ؟ فيه وجهان في «الشامل» . انتهى .

فيه أمور :

أحدها : أن النووي قد رجح في « الروضة » من « زوائده » الثاني ، فقال: لعل الأصح حمله على نصيب الوكيل وما رجحه بحثاً قد جزم به الغزالي في الخلع ولو قيل بالتخيير كما في التخيير بين العبدين لكان متجهاً .

الأمر الثاني : أن تعليل الوجه الثاني يقتضي الجزم باشتراط النية من الوكيل إذا أعتق عن موكله ، وقد سبق في أواخر تعليق الطلاق في آخر الفصل المنقول عن أبي العباس الروياني ما قد يشكل على هذا، فقال : والوكيل بالطلاق إذا طلق لا يحتاج إلى نية إيقاع [الطلاق] (١) عن موكله في الأصح ،هذا لفظه ، وإنما احتاج في مسألتنا هذه وهي مسألة العتق إلى النية لتردد تصرفه بين أمرين أحدهما بطريق الأصالة فلم يتصرف عن الأصل إلى العارض إلا بالنية ،كما لو كان وكيلاً في شراء شيء فاشتراه ،فإنه لا ينصرف عنه إلى موكله إلا بالنية ، فوكيل الطلاق نظير الوكيل بالبيع ولم يشترطوا فيه النية ، إلا أنه لابد من جريان خلاف الطلاق فيه .

وإذا علمت ذلك تعين تخصيص الكلام المذكور في الطلاق بما إذا لم

---

(١) سقط من أ .

يعارض تصرف الوكالة تصرفاً آخر بطريق الأصالة، كما لو وكله شريكه في بيع نصيبه فأطلق بيع النصف .

الأمر الثـالـث : أن هذا الذي نشأ عنه هذا الكلام كله، وهو مـا اقتضاه تعليل الوجه الثاني من اشـتراط نية الوكيل قد حـذفه النووي فلم يذكره في «الروضة» بالكلية .

قوله : ولو وهب للصبي بعض من يعـتق عليه أو أوصى له به فإن كان الصبي معسراً قبله [(١) **الولي لأنه لا سراية حتى يتضرر بها .**

ولا نفقة ، وإن كان موسراً ففيه قولان :

أظهرهما : لا يقبل ويعتق عليه البعض ولا يسري . انتهى .

تابعه في «الروضة» على تصحيح امتـناع القبول ثم خالف في «تصحيح التنبيه» فصحح لزوم القبول .

قوله : وإذا ملك قـريبه في مرض موته بإرث فـهل يعتق من رأس المال أو من الثلث ؟ فيه وجهان .

أصحهما : الأول . إلى آخره . انتهى .

هذه المسألة سبق الكلام عليها فـي الركن الرابع من أركان الوصية وسبق أن الأصح في «المحرر» والمنهاج» هو الثاني .

قوله : وكـذا لو أوصى لإنسان بابنه فمـات قبل قبول الـهبة وقبلهـا أخوه عـتق الشقص على الميت وسـري إلى البـاقي إن وفي به الثلث، ونزل قبـول الوارث منزلة قبوله في حياته . انتهى .

وتعبـيره بقوله بابنه مع قـوله عتق الشقص غـير صحـيح ، وصوابه : فبعض ابنه ، وكأنه كان هكذا في الأصل ولكن سقط .

---

(١) بداية سقط كبير من أ .

وقد وقع في «الروضة» على الصواب .

قوله : ولو وهب لعبد بعض من يعتق على سيده فقبل وقلنا : يصح قبوله بغير إذن سيده عتق الموهوب على السيد وسرى ، لأن قبول العبد كقبوله شرعاً . انتهى .

هذه المسألة قد وقع فيها اضطراب وسنقف عليه إن شاء الله تعالى في الكتابة .

والصواب : هو السراية لما ذكره .

ولهذا صححوا أن السيد يحلف على البت حيث حلف على نفي فعل عبده .

وعللوه بأن فعله كفعله .

قوله في «الروضة» : فإذا أعتق المريض عبداً لا مال له سواه لم يعتق إلا ثلثه .

وإن مات هذا العبد بعد موت السيد مات حراً ثلثه .

وإن مات قبل موت السيد فهل يموت كله رقيقاً أم كله حراً ؟ أم ثلثه حراً وباقيه رقيقاً ؟ فيه أوجه :

أصحها عند الصيدلاني : الأول . وبه أجاب الشيخ أبو زيد في مجلس الشيخ أبي بكر المحمودي فرضيه وحمده عليه. لأن ما يعتق ينبغي أن يحصل للورثة مثلاه .

ولم يحصل لهم هنا شيء .

وتظهر فائدة الخلاف في شيئين :

أحدهما : إذا وهب في مرض الموت عبداً لا يملك غيره وأقبضه ومات العبد قبل موت السيد .

فإن قلنا في مسألة العتق : يموت رقيقاً فما هنا يموت على ملك الواهب

وعليه مؤنة تجهيزه .

وإن قلنـا : يموت حـراً ، فـمـا هنا يمـوت على ملك المـوهوب منه وعليـه المؤنة .

وإن قلنا بالوجه الثالث : وزعت المؤنة عليهما . انتهى .

وما نقله هنا من ترجيح مؤنته على أن الرق قد تقدم ما يخالفه في كتاب الوصية قبيل باب الزوج .وقد تقدم ذكر لفظه هناك فراجعه .

قوله : لأن الهبة ليست مضمنة والإتلاف مضمن . إلى آخره .

واعلـم أن هذه المسألة وهى كون الهـبة الفـاسـدة هـل تقـتضي الضمان أم لا ؟ قد ذكرها الرافـعي في مواضع من هذا الكتاب واختلف فيـها كلامه وكذلك كـلام «الروضة» اختلافـاً عجيبـاً ، وقد تقدم بسطه في آخر الهـبة فراجعه .

قـوله : ولو قـال أعتـقت ثلث كل واحـد منكم أو أثلاث هؤلاء أحـرار . فوجهان :

أحـدهـمـا : أن لا يقـرع بينهم بـل يعـتق من كل واحـد ثلثـه لتـصـريحـه بالتبعيض .

وأصحهما على ما ذكر في «التهذيب» : أنه يوزع . انتهى .

والصحـيح ما ذكـره البغـوي فقد قـال الرافعي في «الشـرح الصغـير» والنووي في «الروضة» : إنه الأصح .

قوله : ولو قال لأمته الحامل في مرض موته أنت حرة أو ما في بطنك ولم يتفق تعـيين وولدت بعد موت المعتق لأقل من سـتة أشهر فـهل يحسب على الوارث؟

قال البغوي : إن قلنا : إن الحمل يعرف حسب وإلا فلا .

وأطلق الصيدلاني فيه وجهين . انتهى .

والراجح : الأول . فقد جزم به أيضاً الماوردي والروياني .

قوله : ولو أعتق عبداً لا مال له غيرهم وعليه دين. فقال الوارث : اقض الدين من موضع آخر وأنفذ العتق في الجميع . فهل ينفذ العتق ؟ فيه وجهان. انتهى .

والصحيح هو النفوذ . كذا جزم به الرافعي بعد هذا بنحو صفحة ولم يتفطن له في «الروضة» .

لكنه رجح بحثاً ما يوافق هذا فقال : ينبغي أن يكون الأصح هو النفوذ .

قوله : إذا قال لأمته : أول ولد تلدينه فهو حر .

فولدت ميتاً ثم حياً لم يعتق الحي لأن اليمين قد انحلت بولادة الميت .

زاد في «الروضة» على هذا فقال : قلن : إن كانت حاملاً حال التعليق صح قطعاً وكذا إن كانت حائلاً في الأظهر أو الأصح كما لو أوصى بما ستحمل .

والثاني : لا لأنه تعليق قبل الملك . انتهى كلامه .

وهذه الزيادة قد ذكرها الرافعي في باب تعليق الطلاق .

قوله : ولو قال لعبده : أنت حر كيف شئت] (١) .

قال أبو حنيفة : يعتق في الحال، وقال صاحباه :لا يعتق حتى يشاء .

قال ابن الصباغ : وهو الأشبه . انتهى .

هذه المسألة فيها خلاف عندنا ذكره الرافعي مبسوطاً في تعليق الطلاق في الفصل المعقود للتعليق بالمشيئة مع زيادة أخرى متعلقة بالمسألة لابد من

---

(١) نهاية السقط من أ .

معرفتها فراجعه .

قوله : وذكرنا في الرهن وجهين في أن تعلق الدين بالتركة كتعلق الرهن، أو الجناية إلى آخره .

اعلـم أن الراجح هناك أن الخلاف قولان لا وجهان ، وقد ذكرت لفظه هناك .

قوله : الحـال الثاني : إذا قـال أحدكم حـر ولم ينو معـيناً فيـؤمر بالتـعيين ويوقف عنهم ،ثم قـال وإذا قال عـينت هذا بل هذا عـتق الأول وكفي قـوله الثـاني .لأن العـتق حـصل في الأول بخـلاف قـوله عـينت هذا بل هذا لأنه اختيار . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهـما : أن ما ذكره في أول هذا الكـلام ظاهره تحريم وطء الأمتين، لكنه ذكر في نـظيره من الطلاق أنا إن جعلناه تعـييناً لم يحـرم وإلا حرم ، وحينئذ فيكون الأكثـرون على الإباحة هنا لأن الأكثرين على ما نقله في هذا الباب أنه يكون تعييناً ،فاعلم ذلك .

الأمر الثاني : أنك قد علمت أن الرافعي قد ذكر هنا لفظ عينت مرتين، فالأول بياء ثم نون والثانية بالعكس ، ولما اخـتصره في «الروضة» عبر بلفظ نويت مرتين كذا رأيته بخطه كما هو في النسخ أيضاً وهو سهو .

قوله : ثم العـتق في المبهم هل يحـصل عند التعـيين أم يتبين حـصوله من وقت اللفظ المبهم ؟ وجهان سبق نـظيرهما في الطلاق ، وخرج على الخلاف أنه لو مات أحدهم فعينه فهل يصح ؟

إن قلنا يحصل العـتق عند التعيين فلا لأن الميت لا يقـبل العتق . انتـــهى كلامه .

وما ذكره من بطلان التعيين في الميت تفـريعاً على الوقوع بالتعيين ، قد

خـالفه في نظيـره من الطلاق ،فإنـه جزم بالوقـوع في حيـاة الميت وحكى وجهين في أنه يقع قبيل الموت أو عند الإيقاع للضرورة ويرتفع الخلاف .

وقـد سبق ذكـر عبـارته في مـوضعـهـا ، وهو باب الشك في الطلاق فراجعها .

والمسألتان على حد سواء .

قوله : وقتل السيد أحدهم ليس بتـعيين ثم إن عين في غير المقتول لم يلزم إلا الكفارة ،وإن عين في المقـتول لم يجب القصـاص للشبهة، وأمـا المال فإن قلنا العـتق يحـصل عند الـتعـيين لم يجـب وإن قلنا عند الإبهـام لزمـه الدية لورثته وإن قتل أجنبى أحدهم فلا قصاص إن كان القاتل حراً، ثم إن عين في غيـر المقصوص لزمـه القيمـة، وإن عين فيه وقلنا العـتق يحصل عند التـعيين فكذلك ، كما لو نذر إعتاق عبـد بعينه فقتل، وإن قلنا عند الإبهام لزمه الدية لورثة المقتول . انتهى كلامه .

وهذا البناء المذكـور في المبهم قد تـابعه عليه في «الروضـة» وهو غلط، فقد تقدم قبل هذا بأسطر وذكر أيضـاً في المسألة السابقة أنه إذا مات أحدهم لم يصح تعيينه إن قلنا بحصول العتق عند التعيين، وعلله بأن الميت لا يقبل العتق وحينئذ فتعين المقتول في مسألتنا إنما يصح على القول بالوقوع من حين اللفظ خاصـة، ثم إن قياس مـا ذكرناه في المقتـول أن يطرد في كل موضع يزيل الملك كالبيع والإعتاق ونحوه ،على خلاف ما ذكره أيضاً .

قوله : ولو قـال أول عبد رأيته من عـبيدي حـر، فرأي أحدهـم ميـتاً انحل اليمين، فإذا رأى بعده حياً لا يعتق . انتهى كلامه .

وهذا الذي ذكره ههنا وتبعه عليـه في «الروضة» من كون الرق يبقى بعد الموت حتى يصـدق عليه أنه عبـد له يترتب عليـه ما يترتب على غـيره من الأحيـاء في هذه المسألة يخالف ما ذكـره الرافعي في آخر البـاب الثاني من

كتاب الأيمان في الكلام على تكفير العبد من كون الرق يزول بالموت، وتبعه أيضاً عليـه في «الروضة» أيضاً فـقال : ولأن الرق لا يبقى بعد الموت فـهو والحر سواء هذا لفظه ، ولا أثر هـنا للصدق الجاري بدليل ما لو رأى عتـيقاً من عتقائه .

قوله في «الروضة» : الخامـسة لو قال لعبديه أعتـقت أحدكما على ألف ، وأحدكما حر على ألف ، لم يعتق واحد منهما ما لم يقبلا إلى آخر المسألة .

ذكر الـرافعي في آخـرها كلامـاً يعلم منه أنه لا فرق في القـول بين أن يقصد واحداً معيناً أم لا فإنه ذكره بحثاً قال ويمكن أن يقال إن لم يقصد إلى أخره .

قوله : أيضاً في«الروضة» : السادسة : جارية مـشتركة زوجها الشريكان بابن أحدهما ، فأتت منه بولد يعتق نصفه على الجد ، ولا يسري إلى النصف الأخر إذا لم يعتق عليه باختياره . انتهى .

حكى ، الرافـعي هذا وجهاً أن هذا النـصف انعقد حـراً لا رقيـقاً، ثم يعتق، وحكى عن الغزالي أنه توسط فقال هنا : وفي ما إذا اشترى قريبه أنه يندفع الملك عنه بموجب العتق ، ولا يقول أنه حصل ثم انقطع لمصادقته له، والذي اختاره الغزالي هو رأي الأستاذ أبي إسحاق .

قوله فيها أيضاً : فرع : مات عن ابن حائز لـلتركة وهي ثلاثة أعبد قيمتهم سواء فقال الابن أعتق أي في مرضه هذا وأشار إلى أحدهم ثم قال بل هذا ، وهذا يعني الأول وآخر معاً ، ثم قال بل أعتق الثلاثة معاً، قال،ابن الحداد إلى قوله قـال الشيخ أبو على ولو كانت قيـمتهم مخـتلفة بأن كانت قـيمة الأول والثاني المضموم إليه مائتين والثـالث ثلثمائة ، فالأول حر بكل حال لإقـراره الأول وهو دون الثلث ، فإن أقرعنا بينه وبين الثاني وخرج سهم العتق للأول عتق من الثاني أيضاً نصفه، وإن خرج السهم للثاني عتق كله. انتهى كلامه .

وما ذكره في أخر هذا الفصل من كونه لا يعتق من الثاني إلا ما عتق بالقرعة الأولى .

نقله الرافعي عن الشيخ أبي على السنجي خاصة كما هو مقتضى كلام المصنف، ثم استدرك عليه إستدراكاً صحيحاً متعيناً نقله عن الإمام فقال واعترض عليه الإمام ،كأن الثاني استحق بالإقرار الثاني أن يقرع بينه وبين الأولين فإن لم تكمل له الحرية في القرعة الأولى فخرج سهم العتق للأول وجب أن تكمل في القرعة الثانية إذا خرج سهم العتق إلا له لأنه قضية الإقرار الثالث، وكذلك عند استواء القيم إذا لم يعتق بالقرعة الأولى يعتق بالثانية إذا خرج السهم له. هذا لفظه .

قوله : فرع : لو كان له أربع إماء ،ثم قال في آخره ما نصه : واستيعاب الاحتمالات يطول وضابطه أن ينظر في كل قرعة ، فمن بان أنها عتقت بعد وطئها فلها المهر .

ومن بان أنها عتقت بعد وطئها فلا مهر، ومن بان أنها عتقت بوطئها فيه الوجهان . انتهى .

أهمل في «الروضة» القسم الثاني، مع أن الحكم متوقف عليه بلا شك، وكأنه سقط من لفظه بان إلى بان .

قوله : ولو شهد شاهدان أنه أعتق الثلاثة دفعة، وقال الوارث : أعتق هذين دون ذاك قال ابن الحداد : يقرع بين الثلاثة، فإن خرج سهم العتق الذي أنكره الوارث عتق ، وتعاد الفرعة لإقرار الوارث بين الآخرين، فمن خرجت له عتق بإقرار الوارث ، وإن خرجت أولاً لأحد الاثنين اللذين أقر بإعتاقهما عتق ورق الآخران . انتهى كلامه .

وما نقله عن ، ابن الحداد، في أخر هذا الكلام، من أنا إذا أقرعنا بين الثلاثة . فخرجت القرعة أولاً لواحد من الاثنين اللذين أقر الوارث

بإعتاقهما عتق وحده ورق الآخران .

قد نقل الرافعي عن بعـض الأصحاب ما يخالفـه وحاصله أنا إذا أقرعنا بين الثـلاث لأجل البينة فـخرجت القـرعة على واحـد من اللذين اعـترف الوارث بهما، فلابد من قـرعة أخرى بينهما فقط لأجل اعترافـه، وسببه أن خروج القرعة على واحـد منهما عند الاقتصار عليـهما أقرب من ذلك عند انضمام الثالث ، وحـينئذ فإذا أقرعنا بينهما ثانياً، فـإن خرجت القرعة على الذي خرج أولاً لم يعتق غيره وإن خرجت للآخر عتـقا جميعاً، ولا يشترط في هاتين القرعتين ترتيب .

هذا حاصل كلام الرافعي واقتصار النووي على الأول غريب .

قوله : أوصى بعـتق عبد يخرج من الثلث فـعلى الوارث إعتاقه فـإن امتنع ناب عنه السلطان .انتهى .

تابعه فـي «الروضة» عليه، ونقلـه إلى ما قبل هذا بأوراق، لـكن محل إعتـاق الوارث إنما هو عند تفويـض الموصى إليه، وإن لم يفـوض إلى أحد أعتق السلطان .

قال رحمه الله الخاصة الخامسة

قوله : ومن أعتق عن غيره بغير إذنه وقع العتق عنه، وكان الولاء له دون المعتق عنه خلافاً لمالك . انتهى .

وهذا الذي ذكره ههنا قد وقع عكسه في «الروضة» فإنه عبر بقوله : وقع العتق عن المعتق عنه وله الولاء دون المعتق ، هذه عبارته ثم قوى ذلك وأكده، كأن كتب بخطه لفظة صح مرتين مرة هذا هو الصواب، فإن توهم خلافه فاسد والذي قاله خطأ فاحش، وقد تقدم في الظهار نقلاً عن البغوي، من غير مخالفة له أنه لو قال اعتق عبدك عنى على ألف فقال أعتقته عنك مجاناً عتق عن المعتق دون المستدعى ، هذا كلامه .

ومسألتنا أولى منها بذلك، نعم ذهب بعضهم في مسألتنا إلى أنه لا يعتق عن نفسه أيضاً كما لا يقع عن الغير ، حكاه البغوي قبيل باب كتابة الكفار .

قوله : ولو أعتقه على أن يكون سائبة لغى الشرط وثبت له الولاء . انتهى .

قال الجوهري : كان الرجل إذا قال لعبده أنت سائبة فقد عتق ولا يكون ولاؤه لمعتقه ويعطى ماله لمن يشاء .

قوله : وإن كان الأب رقيقاً والأم معتقة فولاء الولد لمعتقها ، فلو أعتق الأب انجر الولاء إلى معتقه ، وكذا الجد عند عدم الأب فلو أعتق الجد والأب رقيقا فوجهان :

أظهرهما : أنه ينجر إليه، فإن قلنا : لا ينجر فمات الأب .فهل ينجر إليه، أي إلى معتق الجد بالعتق السابق ؟ فيه وجهان . انتهى .

لم يصحح شيئاً في «الشرح الصغير» أيضاً، وقال في «الروضة» من «زوائده» أن الانجرار أقوى .

قوله في المسألة : فلو اشترى هذا الولد أباه ثبت له الولاء عليه، وعلى إخوته وأخواته الذين هم أولاده ، وهل يجر ولاء نفسه من موالى الأم ؟ فيه وجهان :

أصحهما وهو المنصوص : لا بل يبقى ولاؤه لموالى الأم لأنه لا يمكن أن يكون له على نفسه ولاء . انتهى .

ذكر مثله في «الشرح الصغير» ،وصحح في «المحرر» أنه يجر . فقال : وهل يجر الولاء إلى نفسه حتى يزول عنه الولاء ؟ [أو لا يجر ويبقى عليه الولاء لموالى الأم ؟ فيه وجهان : أصحهما : الأول][1] هذا لفظه وهو اختلاف عجيب لتعبيره بالأصح في الموضعين ، والظاهر أنه سها عن الثاني إلى الأول ، وقد صحح في «المنهاج» ما صححه في «الروضة» .

قوله

في «الروضة» : ولو خلق إنسان حراً من حرين وكان في أجداده رقيق، ويتصور ذلك في لكاح الغرور، وفي الوطء بالشبهة إذا عتقت أم أمه ثبت الولاء عليه لمعتق أم الأم فإذا أعتق أبو أمه بعد ذلك انجر الولاء إلى مولاه، فإذا أعتقت أم الأب بعد ذلك انجر الولاء من مولى أبى الأم إلى مولى أم الأب ، فإذا أعتق أبو أبيه بعد ذلك انجر الولاء إلى مولاه . انتهى كلامه .

وتعبيره بقوله ،وكان في أجداده رقيق ويتصور ذلك في نكاح الغرور ووطء الشبهة إلى آخره كلام عجيب، فإن الحر الذي في أجداده رقيق لا يتوقف تصويره على ما ذكره من الغرور أو الشبهة ،سواء كان ذلك الرقيق من جهة الأب أو الأم ، فإن وجوده من النكاح الصحيح واضح جلى

(١) سقط من أ .

فتأمله .

وكلام الرافعي رحـمه الله صحيح ، فـإنه فرض المسألة فيـما إذا كانت أجداده أرقاء فلذلك احتاج إلى تصويره فـإنه عبر بقوله والذي خلق حراً من أبوين حرين ، إذا كانت أجـداده أرقاء ويتصور ذلك إلى آخره . فـحرفه ، النووي إلى ما يراه وهو عجيب .

قـوله : ويتـعلق بـالولاء ثلاثة أحكام الميـراث وولاية التـزويج، وتحـمـل العقد. انتهى .

ويرد عليه الـتقديم في غـسل الميت والصلاة عليـه ودفنه، واقتـصر في «الروضة» على إيراد الدفن، فـقال : قلت : ورابع وهو التقـديم في صلاة الجنازة، والله أعلم .

والذي ذكره غريب .

قوله : ولو اشترى أخ وأخت أباهمـا فعتق عليهما، ثم أعـتق عبداً، ومات العتيق ولم يخلف إلا البـنت، فلها ثلاثة أرباع الميراث ، النصف لأنها معـتقة نصف المعتق، ونصف البـاقي لولاء السراية على معـتق الأخ بإعتاقـها نصف أبيه فهي معتقة نصف إلى معتق معتقه . انتهى كلامه .

وتعبيره في أخره بقوله فهي معتقة إلى آخـره ، تعبير غير مستقيم فتأمله وقد تابعه عليه في «الروضة» .

قال رحمه الله ونختم الكتـاب بفصل يشمل على فروع [من الولاء] (١) **وغيره .**

قوله : نقلاً عن « فتاوى القفـال » وإذا اشترى المكاتب بعض أبيه ، يعتق بعتـقه كما يكاتب عليـه ما دام مكاتباً ، فـإذا عتق فلا يقوم عليـه الباقي لأنه يقصد بأداء النجوم عتق نفسه ، وعتق الأب يحصل تبعاً .

---

(١) سقط من أ .

وقال في الأخيرة : الصواب : أنه لا يقوم عليه لأنه لم يعتق عنه .

إذا علمت ذلك فالذي ذكـره النووي في الأول واضح لأن لفظي حر ، وقيل في هذا في الكلام خبران عن أنت وليس أحدهما مرتبطًا بالآخر .

وأما المسألة الثانيـة : فالصواب فيها مقـالة ثالثة ، وهي عتق الأول دون الثاني ، ووجهه ما ذكرناه من كونها خبرين مستقلين .

وسكت عما إذا قال أنت تعلم أن العبد الذي في يدي حر .

وهذه المسألة قـد ذكر نحوها في باب تعليق الطلاق في الفـصل المنقول عن أبي العباس الروياني فراجعه وتأمل ما بينهما .

قـوله في « الروضـة » : عطفًـا على الـفروع المحـكيـة عن والد الروياني وغيـره ؛ وأنه لو وكل وكيـلاً في عتق عـبد فأعـتق الوكيل نصـفه فهـل يعتق نصفه فقط أم يعتق ويسري إلى باقيه أم لا يعتق منه شيء لمخالفته ؟

فيه أوجه : أصحها : الأول . انتهى .

واعلم أن الرافعي لم يصحح في نفوذ العـتق في النصف شيئًا بالكلية ، ولا نقله عن أحد ، وإنما حكى وجهين من غير ترجيح ،ثم فرع على الوجه القائل بالنفـوذ في النصف الذي أعتقه الوكيل ، فـحكى وجهين في أنه هل يسري أم لا ؟، وحكى أن الراجح عدم السراية كما ذكر في « الروضة » .

ثم إنه قد سـبق في « الروضة » في آخـر الخصـيصة الأولى فـي المسألة الثالثة عـشرة أنه إذا وكل شريكه في عتق نصيبـه ، وأعتق الشريك النصف الموكل فيـه ، سرى إلى نصيب الوكـيل فإذا حكم بالسراية إلى ملك الغـير بسبب العـتق الصادر من وكيله ، فـلأن يسري بسبب ذلك إلى ملك نفـسه بطريق الأولى فكيف يستقيم الجمع بينهما ؟ .



كتاب التدبير

قوله : روي عن جابر لـ « أن رجلاً دبر غلامًا له ليس له مال غيره ، فقال النبي ﷺ : « من يشتريه فاشتراه ؟» نعيم بن النُحام [1] **ـ بضم النون مصغرًا ـ والنحام : بنون ثم حاء مهملة مشددة ، يقال : نحم الرجل ، بفتح الحاء ينحم بكسرها نحيمًا ، فهو نحـام ، والاسم النحمة بفتح النون ، وهي السعلة بفتح السين ، وقيل النحنحة الممدودة آخرها .**

إذا علمت ذلك فاعلم أن النحام وصف لنعيم لا لأبيه ، وإنما وصف به للحديث المشـهور أن النبي ﷺ قال : « **دخلت الجنة فسـمعت نحمـة نعيم فيها** » [2] ، وما وقع في الرافعي من جعله صفة لأبيه عبد الله ، ووقع أيضًا في بعض كتب الحديث والفقه ، وهو غلط كما نبه عليه النووي في «تهذيب الأسماء واللغات » ونعيم هذا قرشي من بني عدي بن كلب أسلم قديمًا قبل إسلام عمر فقيل أسلم بعد عـشرة أنفس ،وقيل بعد ثمانية وثلاثين ، وكان يكتم إسـلامه وأراد أن يهاجـر فمنعـه قومـه بنو عدي لأنه كـان ينفق على أراملهم وأيتـامهـم ، وقالوا : أقم عندنا علـى أي دين شئت ، فـو الله لا يتعـرض إليك أحد إلا ذهبت أنفـسنا دونك ثم هاجر عـام الحديبـية ومـعه أربعون من أهل بيـته ، وشهـد ما بعدها من المشـاهد إلى أن استشـهد يوم اليرموك في خلافة عمر سنة خمس عشرة ، وقيل : يوم أجنادين سنة ثلاث عشرة في خلافة أبي بكر .

قـوله : ولو قال : إذا مـت ودخلت الدار ـ بالواو ـ فـأنت حر ، قـال في «التهذيب » : يشترط الدخول بعد الموت إلا أن يريد الدخول قبله . انتهى .

---

(١) أخرجه البخاري (٦٣٣٨) ومسلم (٩٩٧) من حديث جابر رضي الله عنه .

(٢) أخرجه ابن سعد في « الطبقات » (٤ / ١٣٨) عن أبي بكر العدوي مرسلاً .

وما نقله هنا عن البغوي من اشتراط الإتيان على مقتضى اللفظ قد خالفه في باب تعليق الطلاق في الطريق المعقود لأنواع من التعليقات فجزم بأنه لا فرق بين أن يتقدم الأول أم يتأخر ، ثم قال : وأشار في «التتمة» إلى وجه في اشتراط تقديم الأول تفريعًا على أن الواو تقتضي الترتيب .

وذكر عن البغوي قبيل الخلع فرعًا موافقًا لما نقله عنه هنا .

قوله : قال في « الأم » : لو قالا لعبدهما : أنت حبس على آخرنا موتًا ، فإذا مات عتقت فهو كما لو قالا إذا متنا فأنت حر، إلا أن هناك المنفعة بين الموتين تكون لورثة الأول ، وهاهنا هي للآخر ، وكذا الكسب وكأن أولهما موتًا أوصى بهما لآخرهما موتًا . انتهى كلامه .

وهو مشكل لأن الحبس من صرائح الوقف وهو هاهنا باطل لجهالة الموقوف عليه ، ولأن الوقف فيه متردد بين نفسه وبين صاحبه ولا دلالة فيه على الوصية ، فكيف يكون وصية .

قوله : ولو قال إذا مت فأنت حر إن شئت [أو إذا شئت ، أو قال : أنت حر إذا مت إن شئت] (١) فإن أراد المشيئة في حال الحياة أو بعد الموت عمل بمقتضى إرادته ، وإن أطلق فثلاثة أوجه :

أحدها : حمله على المشيئة في الحياة .

والثاني : بعد الموت ، وبه أجاب الأكثرون وشرطوا فيها الفور .

ثم قال : وليجر هذا الخلاف في سائر التعليقات مثل أن يقول إذا دخلت الدار فأنت طالق إن كلمت فلانًا . انتهى كلامه .

وحاصله : [أن الصحيح] (٢) في إدخال الشرط على الشرط اشتراط

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

ترتيبـهما في الوقـوع على وفق ما يلفظ بهـما المتكلم ، وقـد سبق في باب تعليق الطلاق ما يخالفـه ، فإنه صحح اشتراط تقـدم المتأخر في اللفظ على المتقدم فيه حتى يشترط تقدم المشيئة .

والكلام في المثالين السابقين ، وقد سبق ذكر لفظه في موضعه فراجعه، فإنه اختلاف عـجيب أوضحته مع ما يتعلق به من علم العـربية فإن الرجوع فيها إليهم أولى .

وحكى الماوردي والروياني وجهًا آخر عن الـبغداديين : أنه يعتق بما وقع منه سواء كـان في الحياة أو بعـد الموت لكنه إن شاء قبله كـان تدبيرًا ، وإن شاء بعده كان عتقًا بصفة ، وكلام الرافعي هنا يشعر بنفيه .

قوله في التعليق على رؤية العين : ثم الأشـبه أن اللفظ المشترك لا يراد به جميع معـانيه ، ولا يحمل عند الإطلاق على جميعـها ويمكن أن يؤمر المعلق بتعيين أحدهما . انتهى كلامه .

والكلام عليه يتوقف على مـقدمة وهي الفرق بين الموضع والاسـتعمال والحمل فـالوضع هو جعل الـلفظ دليلاً على المعنى [والاسـتعـمال إطلاق اللفظ وإرادة المـعنى] (١) والحمل اعتقـاد السامع مراد المتكلم ، فالأول من صفات واضع اللغة .

والثاني : من صفات المتكلم .

والثالث : من صـفات السـامع وقد ذكرت ذلك مـبسـوطًا في « شرح منهاج الأصول » فليراجع .

إذا علمت ذلك ففيه أمران :

أحدهما : أن كلام الرافعي قد اشتمل على منع الاستعمال ومنع الحمل،

---

(١) سقط من أ .

وظن الشيخ محيي الدين عدم المغايرة فجعل الأولى في الحمل أيضًا فقال في «اختصاره» لكلام الرافعي : ثم الأشبه أن اللفظ المشترك لا يحمله على جميع معانيه ولا يحمله عند الإطلاق على كلها هذا وهو معذور ، فقد التبس الفرق بينهما على غيره ممن له قدم راسخ في هذا العلم ، غير أنه لا يعذر من وجه آخر ، وهو لزوم التكرار الواضح المتصل .

الأمر الثاني : أن الأصح في الوقف على الموالي أنه يقسم بين المولى من أعلى والمولى من أسفل ، وهي من فروع استعمال المشترك وذلك مخالف للمذكور هنا .

قوله : ولا يجوز الرجوع عن التدبير بالقول في أصح القولين ، ثم قال : ولا في خلاف في أنه إذا ضم إلى الموت صفة أخرى ، فقال إذا مت فدخلت الدار ، ولبست فأنت حر لا يجوز الرجوع بالقول ، وإنما القولان في التدبير . انتهى كلامه .

وما ادعاه من نفي الخلاف قد تابعه عليه في « الروضة » ، [وليس كذلك فقد تقدم في أوائل هذا الباب] [1] عن الصيدلاني أن ذلك من التدبير ، وأن الأكثرين خالفوه وحينئذ فيأتي الخلاف على ما قاله الصيدلاني .

قوله في « الروضة » : فرع : إذا وهب المدبر لم يكن رجوعًا على الصحيح ثم قال وإن اتصل بها القبض ، فإن قلنا : يملك بالقبض انقطع التدبير وإذا قلنا يتبين الملك من حين الهبة قال الإمام : ففي انقطاع التدبير من حين الهبة تردد . انتهى .

لم يبين ـ رحمه الله ـ أن انقطاع التدبير على القول بتمليكه بالقبض هل يكون أيضًا بالقبض أو بالهبة [بل كلامه يوهم أنه بالهبة] [2]وقد صرح

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

الرافعي بأنه على هذا القول يحصل بالقبض .

قوله أيضًا في « الروضة » : ولو كاتب المدبر كان رجوعًا إن جعلنا التدبير وصية ، وإن جعلناه تعليقًا فلا ، ثم قال : وخرج الإمام على هذا الخلاف ما لو علق عتقه بصفة ، وقطع البغوي بأنه لا يكون رجوعًا ، ثم إن وجدت الصفة قبل الموت عتق بها ، وإن مات قبلها عتق بالتدبير . انتهى كلامه .

واعلم أن الرافعي قد نقل عن جماعة تفصيلاً نسبوه إلى نصه في «الأم» أيضًا وهو أن الصفة إن كانت في الحياة لم يكن رجوعًا ، وإن كانت بعد الموت كقوله إن دخلت الدار بعد موتي ، أو أذنت إلى ورثتي بعد موتي كذا كان رجوعًا ، ثم نقل أن الصحيح هو التخريج على الخلاف ،وإن كانت الصفة بعد الموت حتى لا يكون رجوعًا .

وإذا مات عتق بالتدبير .

إذا علمت ذلك علمت أن النووي قد أخل بشيئين :

أحدهما : هذا التفصيل .

والثاني : بتصحيح طريقة الإمام في هذا القسم من التعليقات ، وهو الواقع بعد الموت .

قوله : ولو دبر مكاتبًا صح ، ويكون مدبرًا مكاتبًا ، وكذا لو عكس أي دبر ثم كاتب ، فإن التدبير يبقى أيضًا في الأصح .

فإن مات السيد قبل الأداء والتعجيز عتق بالتدبير إن احتمله الثلث ، وإن لم يحتمله الثلث عتق قدر الثلث وتقبل الكتابة في الباقي ، فإذا أدى قسطها عتق . انتهى .

سيأتي بعد هذا بقليل أنه إذا دبر عبدًا وباقي ماله غائب لا يعتق العبد

بموته لاحتمال تلف المال وفي ثلثه وجهان أصحهما : أنه لا يعتق أيضًا لأن في تنجيز العتق تنفيذًا للتبرع قبل تسلط الورثة على التكفين انتهى .

وقياس هذا أن لا ينجز العتق في شيء من المكاتب ، لأن الورثة لم يصل إليهم مثلاه لأنهم لا يقدرون على التصرف في الباقي ، والنجوم قد تكون مؤجلة إلى مدة طويلة فالمذكور إنما يجيء على الوجه الضعيف .

قوله : وإذا صححنا تدبير المكاتب فمات السيد قبل الأداء وأعتقاه بالتدبير ، فقال الشيخ أبو حامد : تبطل الكتابة .

قال ابن الصباغ : وعندي أنه يتبعه ولده وكسبه كما لو أعتق السيد مكانته قبل الأداء .

قال : ويحتمل أن يريد بالبطلان زوال العقد دون سقوط أحكامه . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره الشيخ أبو حامد هو ما جزم به في « التنبيه » لكن الصحيح ما قاله ابن الصباغ ، فقد جزم به صاحب « البحر » وأول التأويل الذي أبداه ابن الصباغ .

وذكر الرافعي المسألة في آخر الحكم الرابع من أحكام المكاتب ، فإنه صحح فيما إذا وطيء مكاتبته فحبلت منه ، ثم مات قبل الأداء أنها تعتق عن الكتابة لا عن الاستيلاد حتى يتبعها أولادها وأكسابهم ثم قال وأجرى هذا الخلاف في تعليق عتق المكاتب بصفة .

وقد علمت أن الراجح في التدبير أنه تعليق عتق بصفة ، بل لو لم يذكر ذلك لكفانا تصحيحه في أم الولد ، لأن الاستيلاد مع قوته إذا لم يبطل الكتابة ، فالتدبير الذي هو أضعف بطريق الأولى .

قوله : وهل يكون إنكار التدبير رجوعًا إذا جوزنا الرجوع عنه ، وكذلك إنكار الموكل الوكالة ، والموصي الوصية ؟

فيه ثلاثة أوجه :

ثم قال : والثالث أن الوكالة ترتفع ، فإن فائدتها العظمى تتعلق بالموكل ، ولا يرتفع التدبير والوصية لأنهما عقدان يتعلق بهما غرض شخصين ، فلا يجعل إنكار أحدهما دفعًا له ، وهذا أظهر وهو المنصوص عليه في التدبير . انتهى .

فيه أمور :

أحدها : أنه قد جزم بارتفاع التدبير في كتاب الدعاوى على خلاف ما صححه هنا ، وقد تقدم ذكر لفظه في موضعه .

وهو آخر الباب الأول في المسألة الثامنة والمذكور هنا هو الصواب لنص الشافعي عليه .

الأمر الثاني : أن الرافعي في كتاب الوكالة قد نقل عن الغزالي أن أصح الأوجه في إنكار الموكل : أنه إن كان الغرض ، فلا عزل وإلا فينعزل .

واقتضى كلامه موافقة الغزالي عليه وبه صرح في « الشرح الصغير » فإنه أطلق التصحيح ولم يعزه إليه ، والمذكور هنا وهو تصحيح الانعزال مطلقًا هو المفتى عليه ، فقد قال في « النهاية » هناك : إنه المشهور ، ولم يذكر التفصيل إلا احتمالاً لنفسه فاعلمه .

الأمر الثالث : إن قول الرافعي وهو المنصوص عليه في التدبير يعني أن الشافعي نص على أن إنكار التدبير ليس برجوع ، وتوهم الشيخ محيي الدين أن الضمير في قول الرافعي وهو يعود على الوجه المفصل .

فقال في «اختصاره» : وأصحهما وهو المنصوص: ترتفع الوكالة لأن

فائدتها العظمى تتعلق بالموكل ، ولا يرتفع التدبير والوصية لأنهما عقدان يتعلق بهما غرض شخصين ، هذا لفظه .

قوله : وذكر الإمام أنا إن جعلنا الإنكار رجوعًا فلا يبعد أن تسمع الدعوى ، وأن في شهادة الحسبة على التدبير الخلاف المذكور في سماع الدعوى ، ورد شهادة الحسبة أولى . انتهى .

اعلم أن الأصح أن الدعوى بالتدبير خلاف ما قاله الإمام ، كذا تقدم ذكره في الدعاوى وأما شهادة الحسبة عليه أي على التدبير فقد جزم الرافعي في الشهادات بأنها لا تسمع .

قوله في « الروضة » : ولا يثبت التدبير إلا بشهادة رجلين لأنه ليس بمال، ويثبت الرجوع برجل و امرأتين ، وبشاهد ويمين ، لأنه مال ، وفيه وجه ضعيف أنه يبقى الحرية . انتهى .

وتعبيره في آخر كلامه بقوله أنه يبقى . شاهدته بخطه كذلك ، وصوابه لأنه بلام الجر كما في الرافعي .

قوله : وفي « تعليقة إبراهيم المروروذي » : أن الحيلة في عتق الجميع بعد الموت ، وإن لم يكن له مال سواه أن يقول هذا العبد حر قبل مرض موتي بيوم ، وإن مت فجأة فقبل موتي بيوم ، فإذا مات بعد التعليق بأكثر من يوم عتق من رأس المال ولا سبيل عليه لأحد ، وإن اقتصر على قوله : أنت حر قبل موتي بيوم أو بشهر ، فإذا مات نظر ، فإن كان في أول اليوم أو الشهر قبل الموت مريضًا اعتبر عتقه من الثلث ، وإن كان صحيحًا فمن رأس المال . انتهى .

واقتصاره في نقل هذه الحيلة عن المروروذي قد تابعه عليه أيضًا في «الروضة » وهو غريب ، فقد صرح بها خلائق لا يحصون منهم القاضي

الحسين والماوردي والروياني والبغوي في « فتاويه » ، وجزم به الرافعي أيضًا في كتاب الوصية .

قوله :ولو دبر عبدًا وباقي أمواله غائبة لم يعتق ثلثاه لاحتمال تلف المال .

وكذا ثلثه الآخر أظهر الوجهين عند الشيخ أبي محمد والبغوي وغيرهما لأن في تنجيز العتق بتقيد التبرع في الثلث قبل تسليط الورثة على الثلثين ولو كان له دين في ذمة إنسان ليس له غيره ، فأبرأه عنه أو عن ثلثه في مرض الموت ، هل تحصل البراءة عن التلف قبل وصول الثلثين ؟ فيه الخلاف .

والأصح : المنع ، ويجري الخلاف في ما إذا مات عن اثنين ، ولم يترك إلا دينًا على أحدهما هل يبرأ من عليه الدين عن نصيبه ، وفي ما إذا أوصى بعين تخرج من الثلث ، وباقي ماله غائب هل يسلم الثلث للموصي له ؟ ثم قال بعد ذلك ، وفي المنع في المدبر إشكال لأن الثلث عتيق بكل حال فلا معنى للتوقف والتأخر فيه ، ولا فائدة للوارث في ذلك فإنه ممنوع من التصرف في جميع العبد ، فضلاً عن التصرف في الثلث .

وأيضًا فلو لم يعتق الثلث في الحال لبقى الملك فيه ، والمملوك لابد له من مالك ولا يمكن أن يكون ملكًا للميت ، ولو كان ملكًا للوارث لما عتق إلا بإعتاقه . انتهى كلامه .

وما ذكره في الدين من عدم البراءة عن الثلث قد صحح في أوائل الركن الثالث من أركان الكتابة في نظير المسألة ما يخالفه ، وسوف أذكر لفظه هناك فراجعه .

قوله في المسألة : وفي طريقة الصيدلاني تفريعًا على أنه يعتق من المدبر ثلثه : أنه لو أعتق الوارث في الثلثين ولم يحضر المال الغائب قولا الثلثين له، فإن حضر فعن ابن سريج أن الجواب كذلك لأنه أعتق وله العتق ، وأن فيه وجهًا آخر أن ولاء الجميع للمورث ، بناء على أن إجازة الورثة تنفيذًا

وابتداء عطية واشتد تكبر الإمام على هذا ، وقال : إعتاق الورثة رد للتدبير ، ولا سبيل إلى رده بسبب غيبة المال ، بل الوجه التوقف ، فإن حضر المال بأن يعود العتق في الجميع ، ولكن يستند إلى وقت الموت ، أو عند حصول القدرة ؟ فيه احتمالان : أوجههما الأول .

قال ولو كانت التركة بحيث بقي ثلثها بالمدبر لكن كان عليه دين يستغرق ، فأبرأ مستحق الدين بعد أيام من الموت فيستند العتق إلى وقت الموت ، أو يتنجز من وقت سقوط الدين ؟

فيه احتمالان : والأظهر في هذه الصورة : الثاني . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على نقل هذه عن الإمام تفريعًا على القول الضعيف ، وهو أنه يعتق الثلث وهو عكس ما في [ق : أ] النهاية فإنه فرعها على القول الصحيح وهو عدم النفوذ .

قوله : ولو باع الصحيح محاباة وشرط الخيار ثم مرض في مدة الخيار ، ولم ينسخ حتى مات اعتبرت المحاباة من الثلث ، لأنه ألزم العقد في المرض باختياره ، فأشبه من وهب في الصحة فأقبض في المرض . انتهى .

اعترض في « الروضة » فقال : إنما يظهر هذا إذا قلنا : الملك في مدة الخيار للبائع ، وترك النسخ عامدًا لا ناسيًا .

قوله :وإن جنى المدبر فمات السيد قبل البيع واختيار الفداء ، ففي حصول العتق الخلاف في إعتاق العبد الجاني ، وقد سبق في أول البيع ، وبينا أن الأصح نفوذه من الموسر دون المعسر ، ويشبه أن يقال الميت معسر على ما مر في شراء العتق .

فإن قلنا : ينفذ فدى من تركة السيد بالأقل بلا خلاف لأنه تعذر تسليمه للبيع . انتهى ملخصًا .

فيه أمران :

أحدهما : أنا استفدنا من قول الرافعي ويشبه ترجيح عدم النفوذ في مسألتنا ، وحذفه النووي من « الروضة » فأوهم ترجيح خلافه اعتماداً على التركة .

الأمر الثاني : أن ما ذكره من نفى الخلاف والتعليل قد تابعه عليه في «الروضة» وهو مردود فإنهم اختلفوا في أم الولد إذا جنت ، ولم تجوز بيعها هل يفديها سيدها بالأقل أم بالأرش بالغًا ما بلغ ؟ فالعراقيون قطعوا بالأول مستدلين بامتناع البيع ، والمراوزة أجروا فيها الخلاف .

قوله : وأما إذا أتت المدبرة بولد من نكاح أو زنا فهل يسري التدبير إليه؟ فيه قولان : أرجحهما عند الإمام وصاحب « التهذيب » : أنه لا يتبع لأنه عقد يقبل الرفع ، فلا يسري إلى الولد كالرهن .

وأظهرهما : على ما ذكره الشيخان أبو حامد والقفال وغيرهما ، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد أنه يتبع لأنها تعتق بموت سيدها فيتبعها ولدها كالمستولدة . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن كلامه قد اختلف في الأصح من القولين فصحح في «المحرر» أنه لا يتبع . فقال أصحهما : لا . هذا لفظه ، وصرح في «الشرح الصغير » بترجيح الثاني .

فقال : وأظهرهما عند أكثرهم : السراية ، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد هذا لفظه أيضًا ، وكلامه هنا ـ أعني في « الكبير » ـ فيه إشعار به أيضًا، ولهذا صرح بذلك النووي في « الروضة » فنقله عن الأكثرين ، ثم استدرك عليه فقال بل الأكثرون على أنه لا يتبع ولا يخفي ما عليه فيه .

الأمر الثاني : أن مراده هنا بالسراية إنما هو التبعية ، فقد قال في كتاب العتق في الكلام على السراية إنه إذا أعتق أمته الحامل بمملوك عتق الحمل

أيضًا لا بطريق السراية ، فإن السراية في الأشقاص ، لا في الأشخاص بل بطريق التبع ، كما يتبعها في البيع .

قوله:والمعلق عتقها بصفة إذا أتت بولد لا يتبعها ولدها في أصح القولين .

ولا فرق في المعلق عليه بين المحقق كطلوع الشمس ، وبين غيره ، كقدوم زيد ، وقيل القولان في المحقق ، فأما غيره فلا يتبعها الولد فيه بلا خلاف . انتهى .

وهذا الخلاف الأخير قد أسقطه من « الروضة » فاقتصر على القولين في « أصل المسألة » .

قوله : فأما إذا كانت المدبرة حاملاً عند موت السيد فيعتق معها الحمل بلا خلاف كما لو أعتق أمة حاملاً . انتهى كلامه .

وما ذكره من نفي الخلاف ليس كذلك ، ففيه وجه أن الحمل لا يتبع ، وقد نقله ابن يونس في « التعجيز » وابن الرفعة في « المطلب » .

قوله : ولو كانت المدبرة حاملاً عند التدبير فالمذهب القطع بأن الحمل يكون مدبراً وليس هو بسراية التدبير ، بل اللفظ يتناوله . انتهى .

وما ذكره من تناول اللفظ له قد صرح بخلافه في كتاب الإقرار في الكلام على أن الإقرار بالطرق لا يكون إقراراً بالمطروق ، فقال : إن لفظ الأم لا يتناول الحمل .

قوله في المسألة في أصل « الروضة » : وإن كان لها زوج ، قد فارقها، وولدت لدون أربع سنين من وقت الفراق .

فالأظهر : أنه يجعل موجودًا يوم التدبير كما يجعل موجودًا في ثبوت النسب من الزوج . انتهى كلامه .

لم يصحح الرافعي في المسألة شيئًا وإنما نقله عن البغوي .



كتاب الكتابة

ولها أركان وأحكام ، فالأركان أربعة .

قوله : ذكر الأئمة أن الكتابة مأخوذة من الكتب وهو الضم والجمع ، يقال: كتبت البغلة إذا ضممت بين شُفريها بحلقة أو سير .

ومنه الكتابة لما فيها من ضم بعض الحروف إلى بعض ، والكتيبة لانضمام بعضهم إلى بعض فسمي هذا العقد كتابة لما ينضم فيه من النجم إلى النجم ، وقيل : سميت كتابة لأنها توثق بالكتابة . انتهى .

واعلم أن الكتابة والكتاب والكتب مصادر ، كما صرح به النحاة ، وكل واحد من المصادر المترادفة ليس مأخوذًا من غيره بلا خلاف ، بل لا شيء من المصادر مفرع عن غيره على رأي البصريين .

قوله : وإذا قال كاتبتك وعين النجوم فإن قال مع ذلك فإذا أديت فأنت حر .أو لم يقله ، ولكن نواه صحت وإن لم يوجد التعليق ولا النية ، لم يصح وفيه قول مخرج . انتهى ملخصًا .

وهذا الخلاف قد ذكره النووي في « تصحيح التنبيه » حالة وجود النية ، فقال عطفًا على الأصح وأنه إذا قال : كاتبتك ولم يقل فإذا أديت فأنت حر، ولكن نواه صحت هذا لفظه ، وهو غلط فاعلمه .

قوله : ولو قال : إن أعطيتني ألفًا أو أديت إليّ ألفًا فأنت حر ، فلا يمكن أن يعطي مال نفسه ، فإنه لا يملك شيئًا فهو كما لو قال لزوجته : إن أعطيتني ألفًا فأنت طالق ، فأتت بألف مغصوب .

وقد ذكرنا في الخلع وجهين في وقوع الطلاق، والأظهر: أنه لا يقع .

انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن دعواه أنه لا يمكن أن يعطي من مال نفسه وأنه لا يمكنه إلا إعطاء المغصوب حتى لا يعتق ، ليس كذلك فإنه ، قد ينتهي إلى حالة يكون فيها مالكًا مع كونه رقيقًا ، وحينئذ فيحصل العتق بإعطائه ، وذلك أن يكاتبه السيد وفي الرافعي في الكلام على تعجيل النجوم ، نقلاً عن «الشامل» من غير اعتراض عليه أنه إذا قال لمكاتبه إن أعطيتني كذا فأنت حر فأعطاه عتق ، ولكنه عوض فاسد لأن المكاتب لا يصح المعاوضة عليه ، فيعتق بالصفة وعليه تمام قيمته ، فيحتمل أيضًا التراجع في مسألتنا ، والمتجه الفرق .

وأيضًا فقد ذكروا أنه إذا علق الطلاق على إعطاء السفيهة أو إبرائها أو التزامها وقع الطلاق رجعيًا ، وفرقوا بينه وبين إعطاء المغصوب بأن السفيهة لا تقدر على بذل فصار ذلك قرينة دالة على إرادة مجرد التعلق بخلاف بذل المغصوب من الرشيدة وإذا تقرر هذا ، فنقول بتقدير صحة ما قاله الرافعي من كون العبد لا يقدر على إعطاء شيء مملوك له ، فلا يكون إعطاؤه كإعطاء المغصوب من الرشيدة ، بل كإعطاء السفيهة للمعنى الذي قلناه ، وحينئذ فيحصل العتق بإعطائه .

الأمر الثاني : أن الأصحاب اختلفوا في أن لفظ الأداء هل ينزل منزلة الإعطاء في أحكامه من التمليك والفورية أم هو تعليق محض ؟ واختلف كلام الرافعي في هذه المسألة فكلامه هنا جازم بإلحاقه به ، وخالف ذلك في مواضع .

أحدها : في الركن الثاني المعقود للعوض في الشرط الرابع من شروطه فقال : بخلاف ما إذا قال إن أديت إليّ هذا فأنت حر ، فإنه إذا أداه عتق

وإن كان مستحقًا لأن ذلك محض تعليق . هذه عبارته .

والموضع الثاني في أوائل الكلام على الكتابة الفاسدة ، فقال ما نصه : قال الأصحاب : تعليق العتق بالصفة على أقسام : أحدها التعليق الحالي عن المعاوضة كقوله إن دخلت الدار أو كلمت فلانًا فأنت حر ، فإن المال ليس مذكورًا على سبيل الأعواض فهذا لازم من الجانبين ، فليس للعبد ولا للسيد ولا لهما دفعه بالقول ويبطل بموت السيد .

وإذا وجدت الصفة في حياته عتق وكسب العبد قبل وجود الصفة للسيد ولو أبرأه في صورة التعليق بأداء المال عن المال لم يعتق . ولا تراجع بين السيد وبينه هذا لفظه .

والموضع الثالث في آخر الكلام على الكتابة الفاسدة ، فقال نعم لو قال إن أديت إلي وارثي كذا فأنت حر عتق بالأداء إليهم ، كما لو قال إن دخلت الدار بعد موتي . انتهت .

وقد وقع هذا الاختلاف أيضًا في المسألة المذكورة بالنسبة إلى الخلع وسبق إيضاحه هناك .

وتبعه في « الروضة » على الاختلاف الواقع في المسألتين .

قوله في المسألة المذكورة : فإن فرعنا على أنه يعتق ، فعن الشيخ أبي علي رواية وجهين في « شرح التلخيص » في أن سبيل هذه المعاملة سبيل الكتابة الفاسدة حتى يرد السيد ما أخذ،ويرجع على العبد بقيمة رقبته . حتى تتبعه الأكساب والأولاد الحاصلة بعد التعليق .

والثاني : أنه ليس لها حكم الكتابة الفاسدة ، وعلى هذا فوجهان :

أحدهما : أنه يرجع على العبد بقيمة رقبته كما أنه إذا قال لزوجته : إن أعطيتني ألفًا ، فأعطته ألفًا مغصوبًا ، وقلنا بوقوع الطلاق فإنه يرجع عليها.

والثاني : أنه لا رجوع له ، والذي جرى محض تعليق ويخالف الزوجة فإنها أهل الالتزام وقت المخاطبة ، والعبد ليس أهلاً له .

قال في « الوسيط » : والظاهر أنه لا رجوع للسيد بالقيمة ، وأنه لا يتبعه الكسب والولد . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن هذا الترجيح الذي نقله عن الغزالي يعود إلى الوجهين المذكورين أولاً ، فإن تبعية الكسب والولد ، إنما تأتي عليه لا على الثاني ، وفهم النووي أنها عائد إلى الوجهين المذكورين ثانيًا فحكى الخلاف الأول بلا ترجيح ، ونقل الترجيح في الثاني ، ثم إنه لم يعزه إلى الغزالي ، بل أطلق التصحيح .

الأمر الثاني : أن ما رجحه الغزالي هو الصحيح فقد جزم به الرافعي بعد هذا الكلام على الكتابة الفاسدة ، وقد سبق ذكر لفظه في آخر المسألة السابعة .

قوله : وعن القاضي الحسين ذكر وجهين في ما إذا أسلم إلى المكاتب عقب عقد الكتابة . انتهى .

صورة هذه المسألة في السلم الحال . أما المؤجل فيصح جزمًا ، كذا صرح به إمام الحرمين هنا وهو واضح .

قوله : ولا يجوز أن يكتفي بخدمة شهرين مثلاً على أن تقدر خدمة كل شهر نجمًا ، فلو شرطا صريحًا أن تكون خدمة شهر نجمًا وخدمة الشهر بعده نجم آخر فوجهان :

أصحهما : وهو المنصوص في « الأم » : المنع ، لأن منفعة الشهر الثاني متعينة والمنافع المتعلقة بالأعيان لا يجوز أن يشترط كآخرها .

والثاني : يجوز واتصال ابتداء الشهر الثاني بانتهاء الأول تخرجه عن أن

يكون عقدًا على المستقبل ، وهذا كالخلاف في إجارة الدار السنة القابلة ، أو هو هو فإن انقطع مبتدأ المدة الثانية عن منقرض الأول كما لو كاتبه على خدمة شهر آخر بعد ذلك الشهر بعشرة أيام مثلاً ، لم يجز بلا خلاف . انتهى كلامه .

وهو متدافع ؛ لأن الصحيح في الإجارة هو الجواز والترجيح المذكور أولاً مع التعليل الذي ذكره يقتضي تصحيح المنع فيها .

نعم التجويز في الإجارة يقتضي جعله كالموجود في عقد واحد ، ومقتضاه أن يكون هنا كنجم واحد فيمتنع ، ومن منع فيها نظر إلى أن هذا عقد على زمن مستقبل فمقتضاه المنع هنا أيضًا . فاتجه المنع هنا بكل حال ، وبه يبطل أيضًا البناء .

قوله : في « الروضة » ولو كاتبه على خدمة شهر ودينار في أثناء الشهر، كقوله ودينار بعد العقد بيوم ، صح على الأصح . انتهى كلامه .

أهمل شيئين ذكرهما الرافعي :

أحدهما : طريقة قاطعة بالمنع ، نقلها عن ابن القطان .

والثاني : أن المنصوص في « الأم » الجواز ، وهذا الثاني ذكره الرافعي قبل هذا بأسطر .

قوله : وذكر في « التهذيب » أنه لابد من بيان العمل في الخدمة إذا كانت عليها ، وقال ابن الصباغ : يكفي إطلاق الخدمة . انتهى .

لم يرجح [في الروضة] [1] أيضًا شيئًا من هذا الخلاف ، والصحيح: الاكتفاء بالإطلاق ، وحمل الأمر فيه على العرف كما سبق إيضاحه في آخر الإجارة .

قوله : وإذا مرض العبد وفاتت الخدمة انفسخت الكتابة في قدر الخدمة .

(١) سقط من أ .

وأما الباقي فقيل هو كما لو باع عبدين فتلف أحدهما قبل القبض ، وقيل: يبطل فيه بلا خلاف لأن الكتابة لا تقع على بعض العبد هذا ما حكاه القاضي أبو الطيب . انتهى كلامه .

والصحيح ما ذكره الرافعي بعد هذا بقليل في نظير المسألة : أنه يصح فقال في أوائل الركن الثالث المعقود للسيد : أنه إذا كاتب عبده في مرض الموت اعتبرت كتابته من الثلث ، فإن خرج بعضه فالباقي قنٌ ثم قال : ولا يخرج على الخلاف في ما إذا كاتب أحد الشريكين نصيبه من العبد المشترك فإن ذلك ابتداء كتابة ، وهاهنا وردت الكتابة على الجميع ثم دعت الحاجة إلى الإبطال في البعض ، وحكى ابن كج عن بعضهم التخريج على ذلك الخلاف . انتهى كلامه .

[ولكن نص في «الأم» على ما يوافق الطريقة الثانية وهي البطلان] (١) فقال إذا انتقضت الكتابة في البعض انتقضت في الكل ، هذه عبارته على ما حكاه البندنيجي عنه .

واعلم أن القاضي أبا الطيب ممن قطع بالمنع وتعبير الرافعي يقتضي حكايته للطريقين ولو زاد واو العطف مع لفظ الإشارة لاستقام وحذف النووي النقل عن القاضي المذكور .

قوله في « الروضة » : ولو كاتبه على دينار إلى شهر ودينارين إلى شهر على أنه إذا أدى الأول عتق ويؤدي الدينارين بعد العتق .

ففي صحة الكتابة القولان في ما إذا جمعت الصفقة عقدين مختلفين . انتهى كلامه .

وحاصله تصحيح الصحة ؛ لأنه الصحيح في الجمع بين العقدين ،

---

(١) سقط من أ .

وهذا الذي ذكره النووي غريب فإن الرافعي لم يقتصر عليه ، بل ذكر ما يعارضه فإن قال : فعن ابن سريج أن في صحة الكتابة قولين ، وهما عند بعضهم القولان في أن الصفقة إذا جمعت [بين عقدين مختلفين هل تحكم بصحتها ؟ وعند بعضهم يتأصلان ويوجه] (١) البطلان بأنه شرط ما يخالف قضية الكتابة ، لأن قضيتها أن لا يعتق بأداء البعض .

والصحة بأنه لو كاتبه مطلقًا ، وأدى بعض المال ، ثم أعتقه على أن يؤدي الباقي بعد العتق جاز ، فكذلك إذا شرطه في الابتداء ، هذا كلام الرافعي وليس فيه ترجيح الطريقة الأولى ، فضلاً عن الجزم بها ، بل التخريج ضعيف . لأن صورة تلك أن يكون المعقود عليه متعددًا أو متحدًا ولكن يخص بعضه المعين بحكم والبعض الآخر بحكم آخر .

كما يعرف من كلامهم في البيع بل الظاهر أن هذا شرط يخالف مقتضاها وليس نظيره ما قاس عليه الذاهب إلى الصحة لأنه في تلك المسألة متبرع بتعجيل العتق وفي مسألتنا يصير مستحقًا واقعًا بغير اختياره ، وذلك مناف لحقيقة الكتابة ثم إن النووي أيضًا قد أسقط هذه المسألة أعني المستشهد بها للصحة .

قوله : ولو كاتبه وباعه شيئًا بعوض واحد كقوله كاتبتك وبعتك هذا الثوب بمائة إلى شهرين تؤدى نصفها في آخر كل شهر فإذا أديت فأنت حر ، فقال قبلت الكتابة والبيع أو البيع والكتابة أو قبلهما فطريقان :

أحدهما : على القولين في من جمع بين عقدين مختلفي الحكم ففي قول يصحان ، وفي آخر يبطلان .

والثاني : وهو المذهب :يبطل البيع ، وفي الكتابة قولا تفريق الصفقة . انتهى .

(١) سقط من أ .

وما ذكره من أنه لا فرق في الجواز من تقدم البيع على الكتابة،وعكسه، وبين مقارنتهما قد ذكر في نظيره وهو مزج الرهن بالبيع ما يخالفه كما سبق في أوائل الرهن .

وقد تقدم ذكر لفظه هناك فراجعه .

قوله : الركن الثالث : السيد ويعتبر فيه أمران ، والتكليف وأهلية التبرع . انتهى كلامه .

أهمل أمرًا ثالثًا وهو الاختيار حتى لا يصح من المكره ، وقد ذكره في أثناء الباب .

قوله : ولو كاتبه في الصحة بمثل قيمته ولم يكن له مال [سواه] (١)، ثم أبرأه عن النجوم في المرض ، فإن اختار العجز عتق [ثلثه] (٢) ورق ثلثاه وإذا اختار بقاء الكتابة ، فأظهر الوجهين أنه يعتق ثلثه ، وتبقى الكتابة في الثلثين وقيل لا يعتق ثلثه ما لم يسلم الثلثان للورثة . انتهى كلامه .

وما ذكره هنا من عتق الثلث ، قبل تسلط الورثة على الثلثين قد سبق في باب التدبير في نظائر كثيرة لهذا ما يخالفه ، ذكر ذلك بعد الكلام على الرجوع ، وقد سبق ذكر لفظه هناك فراجعه .

وقد ذكر الرافعي هنا عقب هذه المسألة [عملاً من الحساب حكى فيه خلافًا بين ابن الصباغ وغيره أسقطه] (٣) من « الروضة » ، وفي ظني أنه لم يتقدم له ذكر في الوصايا ، فليعلم ذلك ولينظر .

قوله : وكتابة المرتد تبنى على أقوال ملكه ، وقيل لا يأتي الوقف ، ثم محل هذا الخلاف ما إذا لم يحجر الحاكم عليه [وقلنا أيضًا لا يحصل بنفس

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

الردة فإن كان في حال حجر لم يصح قطعًا وقيل] [١] محلها إذا حجر عليه الحاكم ، فإن لم يحجر عليه صحت بلا خلاف ، سواء قلنا يصير محجوراً عليه أم لا ، وقيل : إنه مطرد مطلقًا .

ثم قال ما نصه : وتحصل من هذه الاختلافات في كتابة المرتد وجوه أو أقوال خمسة :

أحدها : أنها موقوفة .

والثاني : صحتها .

والثالث : صحتها قبل الحجر خاصة .

والرابع : بطلانها .

والخامس : بطلانها بعد الحجر خاصة والأشبه هو الرابع ، انتهى كلامه .

والقول الثالث من هذه الأقوال متحد مع الخامس فهي في الحقيقة أربعة بل لا يجيء مما سبق غيرها ، أعني غير الأربعة .

وقد تفطن النووي لإشكاله لكنه توهم صحة العدد فغيره باجتهاده ، فقال :

أظهرها : البطلان .

والثاني : يصح .

والثالث : موقوفة على إسلامه .

والرابع : يصح قبل الحجر عليه ، وإن قلنا يصير محجوراً عليه بنفس الردة .

والخامس : يصح قبل أن يصير عليه حجر إما بنفس الردة ، وإما بحجر

---

(١) سقط من أ .

القاضي هذا كلامه ، وهو غير مستقيم أيضًا .

فإن حجر الحاكم لما كان متوقفًا على أشياء منه حصل من اعتباره قول فارق . وأما كونه يصير محجوراً عليه أم لا فلا يجيء فيه قول ، بل هو داخل في الأقوال الباقية ، كغيره من الطرق ولوقوعه من غير فعل فتأمله .

قوله : ولو سمى المكاتب جاز للسيد الفسخ ، وهل يفسخ بنفسه كما كان المكاتب حاضراً ، أو بدفع الأمر إلى الحاكم ليتفحص هل له مال بقي بالكتابة ؟ فيه وجهان :

أظهرهما : الأول ، ثم إذا فسخت الكتابة وأقام البينة بعد الخلاص على أنه كان له من المال ما بقى بالكتابة بطل الفسخ وأدى المال وعتق . انتهى كلامه .

وما ذكره في آخره من أن وجود المال مانع من الفسخ ، قد جزم بخلافه في أثناء الحكم الثاني في السبب الثاني من أسباب تعذر تحصيل النجوم ، وسوف أذكر لفظه في موضعه فراجعه .

قوله : الركن الرابع : المكاتب وشرط التكليف . انتهى .

أهمله قيد الاختيار ليتحرز عن المكره .

وقد ذكره في « الروضة » ولم ينبه على أنه من « زوائده » .

نعم ذكره الرافعي في أثناء الباب ، وقد تقدم الاعتراض عليه بهذا في حق السيد أيضًا .

قوله في « الروضة » : ولو كاتب عبده الصغير أو المجنون فوجدت الصفة عتق ، ثم قيل: يعتق بحكم كتابة فاسدة ، لأنه لم يرض بعتقه إلا بعوض فعلى هذا يثبت التراجع ، والصحيح الذي عليه الجمهور: أنه يعتق بمجرد الصفة وليس كما جرى حكم الكتابة الفاسدة في التراجع ولا غيره . انتهي .

حكى الرافعي عن الصيدلاني أنه فصل بين الصبي والمجنون وفرق بأن

الجنون عارض فهو كعارض شرط فاسد بخلاف الصبي .

وأهمل أيضًا طريقة قاطعة فيهما بالجواز وأخرى بالمنع .

قوله : ولو قبل الكتابة من السيد أجنبي على أن يؤدي عن العبد كذا في نجمين فإذا أداهما عتق العبد فهل يصح ؟ وجهان :

أحدهما : نعم : كخلع الأجنبي .

والثاني : لا ، لمخالفته موضوع الباب ، فإن صححناها فهل يجوز حاله ؟ وجهان : وإن لم نصححها وأدى عتق العبد بالصفة ويرجع المؤدى على السيد بما أدى والسيد عليه بقيمة العبد . انتهى .

والأصح : عدم الصحة ، كذا صححه في « الروضة » من «زوائده» .

قوله : وإن كاتب أحد الشريكين نصيبه بإذن شريكه لم يصح في أصح القولين .

والثاني : قاله في «الإملاء» على مسائل محمد بن الحسن أنها تصح .

وعن ابن سلمة القطع بالقول الأول ، فإن صححنا فدفع العبد من كسبه إلى الذي كاتبه حصته ، أو جرت بينه وبين الذي لم يكاتبه مهاياة ، فدفع ما كسبه في ثوبه نفسه إلى الذي كاتبه حتى تمت النجوم عتق ، وقوم عليه نصيب الشريك إن كان موسرًا . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن العبد المشترك [إذا أعطى أحد الشريكين حصته من المال الذي اكتسبه] [1] لا يعتق نصيب الآخذ حتى يأخذ أيضًا شريكه ، كذا ذكره الرافعي في الكلام على الحكم الثاني من أحكام الكتابة على خلاف ما دل عليه كلامه هنا فراجعه ، فإنه بسط المسألة هناك ، وترجم لها في «الروضة» بالمسألة الخامسة .

---

(١) سقط من أ .

والثاني : أن النووي قد أهمل فى « الروضة » الطريقة القاطعة التي قال بها ابن سلمة .

قوله : حكاية عن ابن كج : ولو كاتب نصيبه بإذن شريكه فجوزناه فأراد الشريك الآخر كتابة نصيبه ، هل يحتاج إلى الإذن الأول ؟ فيه وجهان . انتهى .

جزم ابن الرفعة في « الكفاية » بالجواز ، وعلله بأنه لم يبق له حق يخشى فواته ، وما ذكره متجه .

قوله في « الروضة » :فرع : إذا كاتب الشريكان العبد معًا أو وكلا من يكاتبه أو وكل أحدهما الآخر فكاتبه صحت الكتابة قطعًا إن اتفقت النجوم جنسًا وأجلاً وعددًا ، وجعلا حصة كل واحد من النجوم بحسب اشتراكهم في العبد ، أو أطلقا فإنها تقسم كذلك . انتهى كلامه .

وما اقتضاه لفظه من عدم الخلاف ليس كذلك ، ففي المسألة ثلاثة أوجه حكاها في « الكفاية » .

أحدها : هذا .

والثاني : أنه إذا كان لأحد الشريكين زيادة على ما للآخر فلا يصح الكتابة أصلاً ، وإنما تصح إن لو كان ملكهما على السواء .

والثالث : أنها لا تصح مطلقًا سواء تساويا فيه أو اختلفا لأن العقد إذا جرى عليه حكم العقدين وصار كأن كل واحد قد انفرد به .

ولم ينف الرافعي الخلاف في هذه المسألة .

قوله : والكتابة الباطلة هي التي اختل بعض أركانها ، بأن كان السيد أو العبد صبيًا أو ذكر ما لا يقصد كالدم والحشرات بخلاف الكتابة على الخمر والخنزير ، فإنها فاسدة ثم قال ما نصه : وعند الصيدلاني أن الكتابة على الميتة

والدم من صور الكتابة الفاسدة كالكتابة على الخمر والخنزير . انتهى كلامه .

لم يذكر رحمه الله في الميتة غير ما نقله هنا عن الصيدلاني ، وهو موهم ، بل ظاهر في إلحاقها بالباطل لأنه ساق هذه المقالة مساق الأوجه الضعيفة .

ولقرينة عدها مع الدم ولكن الصحيح عدها مما يقصد ، كذا صرح به الرافعي في كتاب الخلع فاعلمه .

وتابعه في « الروضة » هنا على هذا التعبير .

قوله : وإنما كان كذلك على خلاف البيع وسائر العقود ، حيث لا يفرق فيها بين الباطل والفاسد لأن العتق هو المقصود ، وتعليق العتق لا يفسد . انتهى .

وما ذكره من أن باقي العقود لم يفرق فيها ليس كذلك ، فقد فرقوا بينهما أيضًا في الخلع والعارية ، وقد تقدم في موضعه .

قوله في « الروضة » : ولو اعتاض عن المسمى في الكتابة الفاسدة لم يعتق أيضًا . انتهى .

وهذا الكلام يوهم جواز الاعتياض عن نجوم الكتابة والصحيح فيه المنع ، كما ذكره بعد ذلك في الحكم .

ولما ذكر الرافعي هذه المسألة نبه عليها على بيانه على الخلاف الآتي .

قوله أيضًا في « الروضة » : وهل يتبع المكاتبة كتابة فاسدة ولدها ؟ طريقان : المذهب : نعم كالكسب .

والثاني : قولان . انتهى .

لم يصرح الرافعي بتصحيح شيء من الطريقين وإنما نقل الأولى عن تصحيح الإمام وغيره والثانية عن أبي زيد والغزالي .

نعم صحح الرافعي في « الشرح الصغير » ما صححه في « الروضة » ، فقال : إنها أظهر الطريقين .

قوله : والمكاتب كتابة صحيحة ، هل يسافر بغير إذن سيده فيه نصان وفيهما طريقان ، وقيل قولان : أصحهما : الجواز .

والطريق الثاني : حمل الجواز على القصير والمنع على الطويل ، وقيل: يحمل الجواز على ما قبل الحلول والمنع على ما بعده انتهى ملخصًا .

ذكره في « الشرح الصغير » و « الروضة » نحوه أيضًا وفيه أمران :

أحدهما : أنه لا يؤخذ من هذا الكلام تصحيح في المسألة، فإن التصحيح المذكور في الأول إنما هو تفريع على طريقة القولين ، ولم يصححاها والصحيح من حيث الجملة هو الجواز ، كذا جزم به الرافعي في أول الكلام على كفاية بعض العبد ، وصححه النووي في «تصحيح التنبيه».

نعم يؤخذ من كلام الرافعي هنا ، ومن « الروضة » تصحيح الجواز في السفر القصير قبل الحلول لأن الطرق كلها متفقة عليه .

الأمر الثاني : أن ما اقتضاه كلامهما [في هذا الباب من عدم المنع عند الحلول مناقض لما ذكراه] (١) في التفليس وفي السير من تصحيح المنع عند القدرة ، والعجب من تمكنه من منع الحر بذلك ، ومنعه من منع رقيقه بذلك السبب بعينه ، وتعليل الرافعي يقتضي تخصيص الخلاف لسفر التجارة وتصوير المسألة ، يقتضي تعميم كل سفر ، وكلام « التنبيه » يقتضي جريان الخلاف مع الإذن أيضًا ، ولم يصرح الرافعي بذلك وفيه نظر .

قوله : وكأنه قال : إن أديت فأنت حر ما لم أرجع ، فالعتق معلق بالأداء. وعدم الرجوع . انتهى .

---

(١) سقط من أ .

واعلم أنه قد جعل هنا وفي أول الفصل أيضًا التعليق بالأداء ، كسائر التعاليق الخالية عن العوض ، وقد علم أن التعليق لا يرجع عنه بالقول لكن استفدنا من هاهنا جواز الرجوع عنه إذا شرطه في تعليقته ، وفيه نظر ، فإن الرجوع الذي شرطه لا يحصل باللفظ ، إلا أن يقال حملناه على التلفظ بالرجوع ، وقد أسقط النووي المسألة المذكورة .

قوله : ولو عجل النجوم في الكتابة الفاسدة فهل يعتق كالصحيحة أم لا لأن الصفة لم توجد على وجهها ؟ وجهان . انتهى .

والأصح هو الثاني ، كذا صححه النووي من « زوائده » وابن الرفعة في « الكفاية » وهو المتجه .

قال رحمه الله : النظر الثاني في أحكام الكتابة وهي خمسة : أحدها فيما يحصل به العتق .

قوله : وأما الفاسدة فالأصح بطلانها بجنون السيد وإغمائه ، وبالحجر عليه دون جنون العبد وإغمائه ، لأن العبد لا يتمكن من فسخ الكتابة ورفعها صحيحة كانت أو فاسدة وإنما يعجز نفسه ، ثم السيد يفسخ إن شاء ، فإن قلنا أنها لا تبطل فلو أفاق فأدى المسمى عتق وثبت التراجع .

وبمثله أجابوا فيما إذا أخذ السيد في جنونه وقالو ينصب الحاكم من يرجع له ، وينبغي أن يقال لا يعتق هاهنا ، انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن ما جزم به ، واقتضى كلام الاتفاق عليه ، من كون العبد لا يتمكن من فسخ الكتابة غريب .

فقد ذكر بعد هذا في أثناء الحكم الثاني أن أظهر الوجهين ، أنه يجوز له يفسخ كالمرتهن وعلل مقابله بأنه لا ضرر عليه في بقاء الكتابة ، والصواب

المفتى عليه ما ذكره هناك وهو الجواز ، فقد نص عليه الشافعي في «الأم» ، فقال في باب الكتابة على البيع تعليلاً لمسألة ما نصه : لأن الكتابة لا تلزم العبد لزوم الدين الكتابة متى شاء العبد تركها .

وذكر بعده بنحو أربعة أوراق ما هو أصرح منه ، فقال في باب الخيار في الكتابة ما نصه : ولو كاتب الرجل عبده على أن للسيد أن يفسخ الكتابة متى شاء ما لم يؤد العبد كانت الكتابة فاسدة ، ولو شرط السيد للعبد أن بيد هذا العبد فسخ الكتابة متى شاء كانت الكتابة جائزة ، لأن ذلك بيد العبد ، وإن لم يشترطه العبد . انتهى لفظ الشافعي بحروفه ، ومن «الأم» نقلته .

وصرح به أيضًا في باب ميراث المكاتب ، فقال من جملة كلام ما نصه: فمتى شاء المكاتب أبطل الكتابة .

الأمر الثاني : أن قول الرافعي وإنما يعجز نفسه ثم السيد يفسخ إن شاء صريح في أن الكتابة لا تبطل بتعجيز العبد نفسه ، وهو خلاف نص الشافعي ، فإنه قد قال في « الأم » في باب جماع أحكام المكاتب استدلالاً على بطلان الكتابة بالموت ما نصه : وإذا كان المكاتب ، إذا قال في حياته قد عجزت فطلب الكتابة ، لأنه اختار تركها كان إذا مات أولى أن تبطل ، وذكر مثله في أواخر باب ميراث المكاتب ، فقال ما نصه : وكذلك لو كان عبدان أو عبيد في كتابة واحدة فعجز أحدهم نفسه ، أو رضي بترك الكتابة خرج منها . هذا لفظه .

وقد حذف النووي من « الروضة » ما ذكره الرافعي هاهنا لكونه دليلاً على مسألة ، فاتفق أن سلم من هذين الاستدراكين ، ثم إن الرافعي قد ذكر بعد هذا في آخر المسألة الثالثة من الحكم الثاني ما يوافق المذكور هنا أيضًا وتابعه عليه في « الروضة » لكنه ذكر ما يخالفه في الحكم الثاني ، في الكلام على تبرعات المكاتب مع السيد ، فإنه صحح تخريجها على القولين

في الأجنبي مع الإذن وحكى طريقة قاطعة بالصحة ، وعللها بقوله لأن للمكاتب أن يعجز نفسه ، فيحمل جميع ما في يده لسيده .

وإذا تمكن من جعل الجميع للسيد ، لم يبعد أن يجعل بعضه له بالهبة . هذا لفظه .

وتبعه عليه في « الروضة » .

الثالث : أن النووي في « الروضة » قد عبر عن قول الرافعي ينصب الحاكم بقوله ينصب السيد ، كذا رأيته بخطه ، وهو ذهول فاعلمه .

قوله : الثالثة إذا كاتب الشريكان معا ثم أعتق أحدهما نصيبه سرى إلى نصيب شريكه على المشهور وفي وقتها قولان :

أحدهما في الحال .

وأظهرهما لا بل يوقف إلى الأداء والعجز ثم قال وعن أبي الطيب ابن سلمة القطع بالقول الثاني . انتهى .

أسقط النووي هذه الطريقة .

قوله : إذا كاتب عبداً ومات عن اثنين فأعتق أحدهما نصيبه أو أبرأه عن نصيبه من النجوم عتق نصيبه، هذا هو المشهور الذي أطلقه عامة الأصحاب .

وقال صاحب «التهذيب» : قضية سياق المختصر حصول قولين في عتق نصيبه:

أحدهما : العتق ، وأصحهما المنع .

بل يوقف ،فإذا أدى نصيب الآخر عتق كله . انتهى كلامه .

وذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضًا ، وحاصله تصحيح العتق في نصيبه وقد خالف ذلك في « المحرر » فقال في آخر الباب فإن أعتق نصيبه

فـالأصح أنه لا يعتق بل يوقف ، هذا لفـظه وهو غريب وكـأنه والله أعلم حالة تصنيف « المحرر » نظر آخر كلام « الشرح » دون أوله .

وقد استدرك في « المنهاج » عليه ، وصحح حصول العتق .

قـوله : في المسألة : فـإذا قلنا يعـتق فكان موسـرًا فـهل يسري العـتق إلى نصيب الشريك فيه قولان :

أحدهما : نعم كمـا لو كاتباه ثم أعتقه أحدهما وأصحـهما لا لأن الكتابة الفاسدة تقتضي حصول العتق بها .

والميت لا يقوم عليه ، والابن كالنائب عنه وبُني القولان على أن المكاتب ، هل يورث أم لا ؟ قلنا نعم سـرى ، وإن قلنا لا فالعـتق بحكم كتـابة الابن . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن النووي قد وافقه في «الروضة» على تصحيح عدم السراية ، ثم خالفه في « تصـحيح التنبيه » ، فإن صاحب « التنبـيه » قد حكى في ما إذا [أبرأ] [1] أحد الشريكين ، أو أحد الوارثين قولين من غير ترجيح ، فجمعهما النووي وصحح فيهما أنه يسري .

فأما تصحـيحه السراية في إبراء أحد الشريكين فـمسلم ، وأما في أحد الوارثين فمخـالف ، والصواب ما قاله في « الروضة » وهو الذي صـححه الرافعي أيضًا .

ولا ذكر للمسألة في « المحرر » ولا في مختصره .

الأمر الثـاني : أن النووي قد أسـقط الخلاف في أن المكاتب هل يورث أم لا ؟ وقد ذهب بعض الأصحاب كما حكاه ابن الصباغ في كتاب الأيمان إلى

---

(١) سقط من أ .

أن المكاتب ملك نفسه بالعقد ، وإنما لم يعتق لضعف الملك وهذا الخلاف هو الخلاف في الإرث وعدمه فإن القائل بخروجه عن ملك السيد يقول : لا يورث ، وهذه المقالة مباينة ، لما قاله القاضي الحسين والبغوي ؛ من أن المكاتب لم يملك أكسابه ولا منفعته وإنما سلط بالكتابة على جمعها وإعطائها للسيد .

قوله : أيضًا في المسألة فإن قلنا بالسراية فهل ثبت في الحال أو عند العجز؟ فيه قولان كما ذكرنا في إعتاق أحد الشريكين .

والأظهر الثاني ، ثم قال وهاهنا طريقتان أخريان إحداهما القطع بثبوت السراية في الحال .

والثانية القطع بتأخرها إلى العجز ، لأن أحد الوارثين ليس بمعتق حقيقة ، وأحد الشريكين معتق . انتهى كلامه .

أسقط في « الروضة » هاتين الطريقتين ، وسببه أنهما وقعتا في الكلام على ألفاظ الوجيز .

قوله : ولو تلف عند السيد ما قبضه ثم عرف أنه كان معيبًا ، فقد قدم الإمام عليه أنه [إن أنفق] (١) ذلك في عين [فإن رضي] (٢) كفى ، ولا حاجة إلى إنشاء إبراء وإن طلب الأرش [تقرر ، وإن لم يسقط إلا بإسقاطه وأما النجوم فإن رضي بالعتق فاقد وإن طلب الأرش] (٣) تبين إن لم يحصل ، فإذا أداه حصل وإن عجز فللسيد إرفاقه .

ويجيء الوجه الآخر وهو أنه يرتفع العقد بعد حصوله . انتهى .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ب .

فأما تعبيره أولاً بقوله في عين فمراده شراء الأعيان ، وهو المعقود له كتاب البيع .

وأما تعبيره في آخر كلامه بقوله يرتفع العقد فتبعه عليه في « الروضة » وهو سهو بل صوابه العتق كما ذكره في « الشرح الصغير » .

قوله : وأما الأرش ففيه وجهان :

أحدهما : ما ينتقص من قيمة رقبة العبد بحسب نقصان العيب من قيمة النجوم على ما هو قياس المعاوضات ، وهو ما أورده أبو الفرج السرخسي .

والثاني : ما ينتقص من النجوم المقبوضة بسبب العيب ، ووجهه أن المقبوض عن الملتزم في الذمة ليس ركنًا في العقد ، وكذلك لا يزيد العقد برده ، ولا يسترد في مقابلة نقصانه جزءاً من العوض . كما لا يسترد المعوض إذا كان نافيا فيرد بالعيب ، وهذا ما نقل القاضي الروياني رجحانه ، وأجرى الوجهين في كل عقد ورد على موصوف في الذمة .

قال الإمام : وأمثل منهما أن يقال يغرم للسيد ما قبض ، ويطالب بالمسمى بالصفات المشروطة . انتهى كلامه .

لم يصحح شيئًا في « الروضة » أيضًا ، والصحيح هو الوجه الثاني ، فقد رجحه الرافعي في « الشرح الصغير » ، فقال : إنه حسن الوجهين ، ونص عليه أيضًا الشافعي في « الأم » في باب استحقاق الكتابة يعني النجوم .

الحكم الثاني في الأداء والإتيان

قوله :في « الروضة » وأما المستحب في الإتيان فقدر الربع ، وقيل الثلث ، وإلا فالسبع . انتهى .

السبع بسين ثم باء صرح به الرافعي في أثناء الاستدلال .

قوله : الثالثة إذا أتى المكاتب بالنجوم فقال السيد هذا حرام أو مغصوب نظر إن أقام على ما يقوله بينة لم يجبر على قبوله،ثم قال ما نصه : وإن لم يقم بينة على ما يقوله فالقول قول المكاتب بأنه لدفع يمينه لظاهر اليد ، فإن نكل حلف السيد ، وكان كما لو أقام البينة .

وعن ابن أبي هريرة وجه حكاه القاضي ابن كج أن المكاتب لا يحتاج إلى البينة ، والمشهور الأول . انتهى كلامه .

واعلم أن المكاتب في حكاية الوجه لا يمكن أن يكون بفتح التاء لأنه لا قائل باشتراط البينة حتى يحكي وجهًا يعدمه بل إنها يصح بالكسر .

وقد صرح به في « الروضة» ، فقال : وفي وجه لا يحتاج السيد إلى بينة. هذا لفظه .

إذا علمت ذلك فكيف يستقيم تصديق السيد في هذه الدعوى من غير بينة مع ما يكذب دعواه وهو اليد ، وما يترتب عليه من إضرار المكاتب ضرر الإعانة له ، لأنه لا يؤمن إذا بقى له درهم مثلاً أن يدعي ذلك في كل درهم يحضره له .

وبالجملة فهذا الوجه وقع في نسخ الرافعي في حكايته تحريف حيث عبر بقوله بالبينة ، وإنما هو باليمين وقد أتى به على الصواب في « الشرح الصغير » ، فقال : وإن لم يكن له أي للسيد بينة فيصدق المكاتب بيمينه

لظاهر اليد ، وقيل : لا يحتاج إلى اليمين ، والظاهر الأول هذا لفظه ، وهو حسن صحيح .

وحينئذ فيكون المكاتب في عبارة الرافعي إنما هو بفتح التاء ، كما هو المصطلح عليه في التعبير بهذا اللفظ عن العبد ، وفي الآخر بالسيد ، والحاصل أن الشيخ محيى الدين اجتهد في اختصار هذا المرضع فأخطأ إلا أنه معذور .

قوله : وإن عجل قبل المحل على أن يبرئه عن الباقي فأخذه وأبرأه ، لم يصح القبض ولا الإبراء ولو قال السيد أبرأتك عن كذا شرط أن تعجل لي الباقي ، أو إذا عجلت لي كذا فقد أبرأتك عن الباقي فعجل لم يصح القبض والإبراء أيضًا .

هذا ظاهر المذهب ، وأشار المزني إلى تردد قول في صحتها ، ولم يسلم له جمهور الأصحاب اختلاف القول في المسألة . انتهى ملخصًا .

واعلم أن ما ذكره هاهنا فرد من أفراد قاعدة ، وهي أنه إذا شرط عليه في شيء من العقود أمر لا يلزمه فأقدم على القيام به فهل يصح أم لا ؟ وهذه القاعدة قد إختلف فيها كلامه وكذلك كلام «الروضة» اختلافًا عجيبًا، وقد تقدم ذكر ذلك واضحًا في كتاب البيع .

قوله : وإن كان له مال غائب فقد أطلق الإمام وصاحب الكتاب للسيد الفسخ ، وليحمل على تفصيل ذكره ابن الصباغ وصاحب « المهذب » وغيرهما ، وهو أنه إن كان على مسافة القصر لم يلزمه التأخير إلى أن يحضر لطول المدة ، وإن كان على ما دون مسافة القصر لزمه التأخير إلى أن يحضر . انتهى كلامه .

وهذه المسألة قد نص عليها الشافعي في « الأم » في باب عجز المكاتب، فأجاب كما أجاب الإمام ومن تبعه ، فقال ما نصه : فإن قال لي شيء

غائب أحضره ، لم يكن للسلطان أن ينظره إلى قدوم الغائب ، لأنه قد ينظره فيفوت العبد بنفسه ، ولايؤدي إليه ماله هذا لفظه ، وتعليله بالفوات يدل على أنه لا فرق بين المسافتين .

واقتصار الرافعي على النقل عن هذه الطبقة المتأخرة دليل على أنه لم يظفر فيها شيء للمتقدمين فضلاً عن إمام المذهب .

قوله : وإذا حل النجم والمكاتب غائب أو غاب بعد طوله بغير إذن السيد فله الفسخ إن شاء بنفسه ، وإن شاء بالحاكم ، فإن رفع إلى الحاكم فلابد أن يثبت عنده حلول النجم وتعذر التحصيل ، ويحلفه الحاكم مع ذلك لأنه قضاء على الغائب .

قال الصيدلاني : يحلفه أنه ما قبض منه النجوم ولا من وكيله ، ولا يعلم له مالاً حاضراً ثم قال عقبه ما نصه : ولو كان مال المكاتب الغائب حاضراً، لم يرد الحاكم النجوم منه ويمكن السيد من الفسخ ، لأنه ربما عجز نفسه ولايؤدي المال لو كان أي المكاتب حاضراً . انتهى .

وما ذكره في آخر كلامه من عدم الأداء من المال الحاضر مع قوله قبل ذلك أنه يحلفه على أنه لا يعرف له مالاً حاضراً قد تابعه عليه في «الروضة» ومما لا يجتمعان فتأمله .

قوله : الرابع إذا جن العبد وحاول السيد الفسخ ، فلابد وأن يأتي الحاكم فيثبت عنده الكتابة وحلول النجم ، ويبدي المطالبة ويحلفه الحاكم على بقاء الاستحقاق ، ثم يبحث فإن وجد للمكاتب مالاً أداه عن الواجب عليه ، ويخالف ما إذا كان المكاتب غائبًا وله مال حاضر حيث قلنا : لا يؤديه عنه،وفرق بينهما بأن الغائب من أهل النظر فربما امتنع وعجز نفسه ، وربما فسخ الكتابة في غيبته . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أنه لابد من الحلف من نفي القدرة على عدم التحصيل ، والغريب أن الرافعي قد ذكره قبل ذلك في الغائب .

الأمر الثاني : أن ما ذكره من عدم أداء القاضي عن الغائب، قد ذكر أيضًا مثله قبيل هذا بقليل ، وخالف ذلك في الركن الثالث في الكلام على ما إذا سبي المكاتب ، وقد تقدم ذكر لفظه هناك فراجعه .

قوله : وإذا ظهر له أي للمجنون بعد التعجيز مال ، وحكمنا ببطلان التعجيز فكان السيد جاهلاً بحال المال فعلى المكاتب رد ما أنفق السيد عليه لأنه لم يتبرع ، وإنما أنفق على أنه عبده ، ولو أقام المكاتب بعد ما أفاق بينة على أنه كان قد أدى النجوم حكم بعتقه ، ولا رجوع للسيد عليه لأنه لبّس وأنفق على علم بحريته فيجعل متبرعًا ، فلو قال نسيت الأداء ، فهل يقبل ليرجع فيه وجهان . انتهى كلامه .

وقد أسقط النووي المسألة الثانية وهي مسألة إقامة البينة على الأداء مع مسألة الوجهين المتفرعة عليها أيضًا ، وسببه وقوع غلط في كثير من نسخ الرافعي هنا وكأن بعض تلك النسخ السقيمة وقعت له والصحيح من هذين الوجهين هو عدم الرجوع أيضًا .

قوله : وعن نصه ﷺ في « الأم » أنه لو قال بعد التعجيز قد قررتك على الكتابة ، لم يكن عليها حتى يجدد له كتابة ، وقد مر في القراض ما يقتضي إثبات خلاف فيه . انتهى .

اعترض عليه في « الروضة » ، فقال : ليس هذا كالقراض ، فإن معظم الاعتماد هنا في العتق على التعليق ، وهذا اللفظ لا يصلح له .

قوله : ولو تطوع رجل بأداء بمال الكتابة فهل يجبر السيد على القبول أو يمكن من الفسخ .

حكى ابن كج فيه وجهين ، والذي أورده الإمام منهما أنه لا يجبر .انتهى .

والصحيح في أداء دين الغير بغير إذنه أن القبول لا يجب ، كذا جزم به الرافعي في باب الفلس في الكلام على الفسخ ، وفي الباب الثالث من كتاب النفقات في الكلام على الإعسار بالنفقة ، والذي تكلم فيه الرافعي هنا ، وهو الأداء عن المكاتب بخصوصه تفريع على الإجبار في غيره من الديون ، ووجه التفريق النظر في الكتابة إلى معنى التعليق .

قوله : في المسألة ولو قبل ففي وقوعه عن المكاتب إذا كان بغير إذنه وجهان عن رواية صاحب « التقريب » القياس القبول . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن النووي في « الروضة » قد جعل محل الوجهين في ما إذا كان بإذن المكاتب على عكس ما في الرافعي .

الثاني : أن تعبير الرافعي في آخر كلامه بالقبول سهو ، وصوابه الوقوع وهو تعبير الإمام أيضًا وقد تفطن له في « الروضة » فأصلحه به ، وتعليل الوقوع القياس على سائر المعاوضات ، وتعليل الآخر النظر إلى التعليق .

وفائدة الوجهين براءة ذمة المكاتب وعتقه .

قوله : فرع إذا قهر السيد المكاتب واستعمله مدة فعليه أجرة مثله ، ثم إذا جاء المحل فهل عليه إمهاله مثل تلك المدة أو له الفسخ قولان : أصحهما الثاني ، ثم قال ولو حبسه غير السيد ، فقد حكى الإمام عن العراقيين إجراء الخلاف فيه .

وفيه طريقان سبقا في أسر المكاتب . انتهى كلامه .

ومقتضاه أن الإمام نقل عن العراقيين أن القولين يطردان أيضًا في غير السيد ، وبه صرح في « الروضة » فقال : فالمذهب أنه لا إمهال وأجراه العراقيون على قولين ، وهنا النقل ليس مطابقًا لكلام العراقيين ، ولا لنقل

الإمام عنهم ، فإن الذي نقله عنهم أنا إن قلنا في حبس السيد لا مهل فهنا أولى وإلا فوجهان ، وصحح ابن الرفعة في الأجنبي طريقة القولين .

قوله : ولو كان على المكاتب ديون أخرى للسيد فدفع المكاتب ما في يده للسيد ، ولم يتعرضا للجهة ثم قال المكاتب قصدت النجوم وأنكر السيد أو قال صدقت ، ولكن قصدت أنا الدين لا النجوم قال القفال : يصدق المكاتب ، وقال الصيدلاني يصدق السيد لأن الاختيار هنا إليه بخلاف سائر الديون . انتهى .

والأصح كما قاله في « الروضة » من « زوائده » هو قولة القفال ، وهو مشكل بل القياس تصديق السيد ، لأن التعيين في الابتداء إليه ، فالقياس أنا نراعي من له التعيين ابتداء .

قوله : في « الروضة » وللمكاتب تعجيل النجوم قبل المحل ولا يجوز تعجيل الديون المؤجلة بغير إذن سيده ، وفي جوازه بإذنه الخلاف في تبرعاته وفي معناه ما إذا عجل للسيد سائر الديون، ومنهم من طرد الخلاف في تعجيل النجوم ذكره الروياني . انتهى .

وعبارته في النقل عن الروياني تقتضي أنه ناقل لوجه ، وعبارة الرافعي مدلولها أنه قائل به وجازم فإنه قال ومنهم من أجرى الخلاف في تعجيل النجوم وكذلك أورده الروياني ، وقال : هو بمنزلة الهبة بإذنه وفيه قولان .

قوله : في « الروضة » فإن عجز المكاتب نفسه سقطت النجوم وفي دين معاملة السيد وجهان أصحهما أنه يسقط من معاملة وأرش فإن لم يف بالنوعين ، فهل تقدم المعاملة أم الأرش أم يسوي بينهما ؟

أوجه : أصحها عند الشيخ أبي محمد والغزالي وغيرهما الثالث . انتهى كلامه .

لم يصحح الرافعي هنا ولا في « الشرح الصغير » شيئًا من الوجهين

الأولين ، بل قال الذي أورده الإمام منهما أنه يسقط هذا لفظه .

وهذه المسألة قد ذكرها الرافعي في مواضع واضطرب فيها كلامه ، وقد سبق إيضاح ذلك بحمد الله تعالى ، في الباب الثالث من أبواب الرهن .

وأما الخلاف الثاني فمقتضى كلام الرافعي أنه يرجح تقديم المعاملة ، لأنه رجحه قبل ذلك بقليل في القسمة عند الحجر ثم قال هنا : إن مقتضى ترجيحه هناك ترجيحه هنا أيضًا .

قال وقد رجحه الإمام .

قوله : وإذا كاتبا عبدًا فدفع إلى أحدهما حصته من مال المكاتبة برضى الآخر ففي صحة القبض قولان أصحهما على ما قاله الروياني في «الحلية» [لا يصح لأن حقه ثابت في ذمة المكاتب وما في يده ملكه فلا أثر للإذن فيه انتهى] [(١)] وما رجحه الروياني في «الحلية» قد صححه الرافعي في « الشرح الصغير » والنووي في أصل « الروضة » ، لكن صحح الماوردي والروياني في « البحر » أنه يصح .

قوله : في « الروضة » في المسألة المذكورة فإن قلنا يصح القبض ، وكان القابض موسرًا قوم عليه نصيب الشريك ، وهل يقوم في الحال أم عند العجز عن نصيب الآخر ؟ فيه القولان السابقان ، فيما إذا أعتق أحدهما نصيبه ثم قال عقب ما قلناه ما نصه : فإن قلنا يقوم في الحال فجميع ما في يد المكاتب [يكون] [(٢)] **للشريك الآذن وما كسبه بعد ذلك يكون بين المكاتب والشريك الآذن لأن كسبه بنصفيه الحر والمكاتب انتهى .**

وما ذكره تفريعًا على الضعيف وهو العتق في الحال ، وأهمل التفريع على الصحيح وهو أنه لا يسري عليه إلا بعد العجز وانفساخ الكتابة .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

وإذا علمت ذلك ، فالذي ذكره النووي هنا غلط وقع كذلك في أكثر نسخ الرافعي وأما قوله فإن قلنا بالتقويم في الحال فجميع ما في يد العبد يكون للشريك الآذن فهذا غير صحيح ، بل له النصف خاصة بلا شك لأنه لا يملك إلا النصف ، وقد انفسخت الكتابة فيه لما حكمناه بالسراية على شريكه كما تقدم إيضاحه في أوائل الباب الثاني ، المعقود لأحكام الكتابة .

وأما النصف الآخر فيعتق عن الكتابة فيفوز المكاتب بنصف [أكسابه لأجل ذلك . ولو قيل بانفساخ الكتابة في النصف الآخر أيضًا] (١) لكان النصف الآخر من الأكساب يرجع إلى السيد المأذون له لا إلى الآذن .

وقد صرح صاحب « البحر » بما ذكرناه .

[وأما قوله] (٢) : وما اكتسبه بعد [ذلك يكون بين المكاتب والشريك الآذن فغلط أيضًا لأنه ليس بعد] (٣) العتق في الحال إلا الحرية الكاملة ، وما اكتسبه العبد بعد حريته الكاملة يكون له بلا شك .

وقد وقع في بعض نسخ الرافعي ذكر التفريع على القولين .

قوله : السادسة إذا كاتب عبيدًا وشرط أن يتكفل بعضهم عن بعض بالنجوم ، فسدت الكتابة لأنه شرط فاسد ، فإن ضمان النجوم غير صحيح . انتهى كلامه .

وهذا التعليل يقتضي أن مثل هذا الشرط لو وقع فيما يصح ضمانه ، كالبيع ونحوه كان صحيحًا وليس كذلك ، فإن اشتراط كفالة غيره له صحيح ، وأما كفالته لغيره فلا لأنه شرط لا يقتضيه العبد .

قوله : في « الروضة » : ولو أدى بعض المكاتبين قبل العتق عن بعض ،

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ب .

فإن لم يعلم السيد أنه يؤدي عن غيره ، فهو تبرع بغير إذن السيد ، ثم قال: وإن علم الحال فهو كالتصريح بالإذن على الأصح . انتهى .

واعلم أن في تبرع المكاتب على السيد ثلاث طرق أصحها : أنه على الخلاف في التبرع بإذنه .

والثاني : لا يصح قطعًا ، وإنما يكون كالتبرع بالإذن إذا وجد التصريح بالإذن ، وهذه الطريقة نقلها الرافعي هنا عن اختيار البغوي .

والثالث : القطع بالصحة ، ذكرها الرافعي في الكلام على التبرعات ، وصرح أيضًا في « الروضة » بها هناك .

إذا علمت ذلك فكلام « الروضة » هنا لا يعلم منه هل مقابل الصحيح القطع بالصحة أو بالبطلان ، لاسيما أنه لم يصرح بالمقاطعة بالبطلان ، بل بالصحة كما أوضحته لك .

قوله : في المسألة : فإن صححنا الأداء رجع على المكاتب إن أدى بإذنه فإنه كان قد عتق فذاك ، وإلا فيأخذه مما في يده ، ويقدم على النجوم لأنه لابدل له . انتهى .

وما ذكره من تقديم هذا الدين . قد تابعه عليه في « الروضة » وإطلاقه عجيب فقد تقدم قبل هذا بنحو ثلاث أوراق أن المكاتب له أن يقدم ما شاء من الديون ، وأنه إنما يجب الترتيب المذكور ، إذا حجر عليه الحاكم فاعلمه.

قوله : أيضًا فيها فإن لم يصح الأداء فلا رجوع للمؤدي على المؤدي عنه، ولكنه يسترد من السيد ما دفعه إليه ، والسيد يطالب المؤدى عنه بما عليه، فإن حل نجم على المؤدي وقع في التقاضي فإن لم يسترد من السيد حتى أدى النجوم وعتق فالنص أنه لا يسترد حينئذ ، ونص فيما إذا جنى السيد على مكاتبه فعفي عن الأرش الثابت له على السيد ، وأبطلنا العفو بناء على رد

تبرعاته ثم عتق ، أن له أخذ الأرش فقال الأصحاب : فيها قولان :

أحدها : أنه لا يأخذ شيئًا لزوال المانع .

والثاني : يأخذ لأن أداءه وعفوه لم يصح وبنى الخلاف على القولين في تصرفات المفلس هل يبطلها أو يوقفها . انتهى .

فيه أمور :

أحدها : أن أقوال التقاضى إنما تأتي على تقدير تلف المال عند السيد ، لأن شرطها أن يكونا دينين ، وكلام المصنف لا يقتضيه لا سيما تعبيره بالاسترداد .

الأمر الثاني : أن النووي قد أسقط المسألة مع كلام آخر قبلها من «الروضة» [وذلك لغلط وقع هنا في كثير من النسخ .

الثالث : أن هذا البناء يؤخذ من تصحيح القول الثاني . وقد أسقطه من «الروضة »] (١) وإسقاطه غريب .

قوله : والإقراض بإذن السيد جائز بلا خلاف . انتهى .

تبعه في « الروضة » على نفي الخلاف عنه ، وليس كذلك فقد جزما بعد هذا في الحكم الثالث في الفصل المعقود للتبرعات بأن فيه القولين في سائر التبرعات .

[قوله : وإذا تحالفا] (٢) فتنفسخ الكتابة أو يفسخها الحاكم إن لم يتراضيا على شيء ؟ فيه ما سبق في البيع والظاهر الثاني .

واعلم أن الصحيح على ما سبق من كلامه في البيع وجه ثالث وهو أنه يفسخ أحد المتعاقدين أو الحاكم .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

قوله : ولو قال السيد كاتبتك على نجم واحد فقال بل على نجمين فقال البغوي : صدق السيد بيمينه ، لأنه يدعي فساد العقد . انتهى .

واعلم أن البغوي يرى أن القول في العقود قول مدعي فسادها ، كما صرح به الرافعي في غير هذا الموضع . واقتضاه نقله هاهنا ، ورأيته أيضًا في « فتاويه » في كتاب النكاح فلأجل ذلك أجاب به في هذه المسألة والصحيح تصديق مدعي الصحة ، فيكون هنا كذلك أيضًا .

وقد أشار في « الروضة » إلى هذا التخريج .

قوله : الرابعة إذا كاتب عبدين في صفقتين أو في صفقة وجوزناها ، ثم أقر أنه استوفى نجوم أحدهما أو أبرأه ، ولم يتذكره قال الروياني حلف لهما إذا ادعياه ، وحينئذ فقيل يبقيان على الكتابة ، ولا يعتق واحد منهما إلا بأداء النجوم وقيل تتحول الدعوى إلى المكاتبين فإن حلفا على الأداء أو نكلا بقيا على الكتابة .

وإن حلف أحدهما ونكل الآخر حكم بعتق الحالف ، وبقي الناكل على الكتابة . انتهى .

والصحيح هو الوجه الأول ، فقد نص عليه الشافعي في « الأم » .

قوله في « الروضة » : فإن قال الوارث لا أعلم من أدى منكما ، وحلف لكل منهما على نفي العلم ففيه وجهان :

أحدهما : أنه يستوفي من كل واحد منهما ما عليه كدين غير الكتابة .

والثاني : يقرع بينهما ، وهو الأصح .

ولو ادعى أحد المكاتبين على الوارث الأداء أو الإبراء ، فأنكر حصل بإنكاره الإقرار للأخر قاله الصيدلاني . انتهى .

لم يصحح الرافعي في «الشرحين» شيئًا من الوجهين ، وإنما نقله فيهما

عن تصحيح الروياني قال في « الروضة » ، وما قاله الصيدلاني محله ما إذا قال في إنكاره لست المؤدي .

أما إذا قال لا أعلم ونحوه ، فليس مقرًا للآخر بلا شك .

والذي قاله واضح .

قوله : في « الروضة » ولو كاتبه على ألف درهم ووضع عنده من الدراهم ما يقابل عشرة دنانير ، وهو مجهول عندهما ففي صحته وجهان ، بناء على الخلاف في ما لو أوصى بالزيادة على الثلث ، وأجاز الوارث وهو جاهل بالزيادة .

ففي وجه لا يصح ويحمل على أقل ما يثيقن . انتهى .

وما ذكره في آخر كلامه غلط سببه نقص من بعض النسخ السقيمة ، وصوابه ففي وجه لا يصح وفي وجه يصح ويحمل على [أقل][(1)] ما يتيقن .

---

(١) سقط من أ .

الحكم الثالث : في تصرفات السيد في المكاتب وفي تصرفات المكاتب

قوله : والجديد أنه لا يجوز بيع رقبة المكاتب ، وأجابوا عن قضية بريرة بأنها عجزت نفسها ثم اشترتها . انتهى .

وامتناع البيع محله إذا لم يرض المكاتب بالبيع فإن رضي جاز وكان رضاه فسخًا .

كذا نقله البيهقي في كتاب البيع من «السنن الكبير» ، عن نص الشافعي وذكرها أيضًا القاضي الحسين في تعليقه ، وهي مسألة حسنة .

قوله : أما الوصية بالمكاتب فهي جائزة على القول القديم الذي يجوز فيه البيع إلى آخر المسألة .

وهذه المسألة قد وقع فيها اضطراب عجيب سبق التنبيه عليه ، وعلى ما عليه الفتوى واضحًا مفصلاً في كتاب الوصية فراجعه .

قوله : ولا يجوز للسيد أن يبيع نجوم الكتابة على المذهب ، لأنه بيع للدين من غير من عليه ولا أن يستبدل بها في أظهر الوجهين .انتهى .

وما ذكره من امتناع بيع الدين ، فقد اختلف فيه كلامه وقد تقدم مبسوطًا في كتاب البيع ، وأما منعه للاستدلال فقد خالفه في الباب الثاني من كتاب الشفعة ، وقد تقدم ذكر لفظه هناك .

والصواب جوازه ، فقد نص عليه الشافعي في « الأم » في باب فظاعة المكاتب .

فقال ما نصه : ولو حلت نجومه كلها وهي دنانير ، فأراد أن يأخذ بها منه دراهم أو عرضًا يتراضيان ويقبضه السيد قبل أن يتفرقا ، كان جائزًا ،

كما لـو كانت له على رجل حُر دنانير حـالة فأخذ بها منه عـرضًا هذا لفظ الشافعي بحروفه ومن « الأم » نقلته .

ورأيت أيضًا في « البـويطي » ما يدل عليه فإنه قـال : ولو كاتب رجل عبده بعشـرة دنانير وللعبد على السيد مائة درهم فـأراد أن يسقط بعضه عن بعض لم يجز لأنه دين بدين .

ولأن حديث ابن عمر إنما كان أحدهما دينًا والآخر نقدًا . انتهى .

فتـعليله المنع بكونه دينًا بدين يدل على الجـواز فيمـا عداه ، ووقع هذا الاختلاف أيضًا في « الروضة » على [كيفـية هي أشد مما وقع هنا فإنه عبر في الكتابة بالصحيح فاقتضى] [١] أن الجواز وجه ضعيف .

قـوله : وإذا ثبـت لكل [واحـد] [٢]منهمـا على صاحـبه دين فـإن كانا نقدين واتفقا في الحلول وسائر الصفات ففيه أقوال :

أحدها : لا تقاض وإن رضيا به لأنه بيع دين بدين .

والثاني : يجوز برضى أحدهما .

والثالث : برضاهما .

والرابع : وهو المشهور كما قـاله أبو الفرج الزاز أنه يحصل بمجرد ثبوت الدين . فلو تراضيـا على جـعل الحال قـصـاصًا بـالمؤجل لم يجـز كمـا في الحوالة، وحكى أبو الفرج فيهما وجهًا آخر . انتهى كلامه .

وهذا الذي حكاه وجـهًـا واقتـضى كلامـه غـرابته ، وتابـعه عليـه في «الروضة» هو مذهب الشافـعي ، فقد نص عليه في « الأم » في باب الجناية على المكاتب بعد ورقة من أوله في الكلام على جناية السيد عليه .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

ولأجل ذلك قال البندنيجي : إن الأصحاب في ذلك مخالفون منصوص الشافعي لا عن قصد ولكن لقلة نظرهم في كتبه .

قوله : ولو كانا مؤجلين بأجل واحد فقد قيل هو كما لو كانا حالين ، وهذا أوجه عند الإمام لكنه تردد في مجيء القول الرابع وقال في «التهذيب»: والصحيح أنهما كالمؤجلين بأجلين مختلفين . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الروضة » وما ذكره الإمام من التوقف في مجيء الرابع وهو السقوط بمجرد الثبوت ، وتابعه الرافعي والنووي عليه ،واقتضى كلامهما عدم الوقوف عليه قد صرح به القاضي الحسين في تعليقه فقال : لا خلاف أنه لا يقع التقاضي بنفس التواجب ولكن لو تراضيا على ذلك يجوز هذا لفظه بحروفه ، وحاصله أنهما يسقطان بالتراضي لا بالثبوت بلا خلاف ثم علله بعد ذلك بأسطر ، فقال : لأنه ربما يموت أحدهما فيحل الحق عليه دون الآخر .

قوله : وإن لم يكونا نقدين فعن صاحب «التقريب» أنا إن جوزناه في النقدين ففي ذوات الأمثال وجهان ، فإن جوزناه فيها ففي غيرها وجهان ، والذي أورده العراقيون وغيرهم أن التقاضي لا يجري في غير النقدين . انتهى .

والمثليات قد نص عليها الشافعي ﷺ وحكم فيها في التقاضي .

واعلم أن كلام الرافعي والنووي يقتضي جريان الخلاف في العروض المسلم فيها ، مع أنه ليس كذلك بلا خلاف لامتناع الاعتياض عنها ، كذا صرح به القاضي الحسين والماوردي ونص عليه الشافعي .

قوله : وهل للموصي له بالنجوم إبراؤه [عنها] (١) أبدى ابن كج فيه

---

(١) سقط من ب .

احتمالين ويرويان عن القاضي الحسين .

أحدهما : نعم لأنه يملك الاستيفاء فيملك الإبراء .

والثاني : لا لأنه ملكه استيفاء النجوم ولم يملكه تفويت الرقبة على الورثة انتهى .

لم يرجح في « الروضة » شيئًا منهما أيضًا والراجح الصحة ، فقد جزم به ابن الصباغ وصححه القاضي الحسين في تعليقه وعبر بلفظ الأصح .

قوله : ولو قال ضعوا عنه أكثر ما عليه أو أكثر ما بقى عليه وضع [عنه نصف ما عليه وزيادة وتقدير الزيادة إلى اختيار] (١) الوارث ، ثم قال عقب هذا الكلام ما نصه : وذكر الصيدلاني أنه إذا كانت الزيادة فوق الأقل المجزيء فما زاد على ما يجزئ ابتداء عطية من قبل الوارث لأن اللفظ يتناول القليل والكثير .

قال الإمام : وهذا عندي مأخوذ عليه بل هو تفضل منهما ، ألا ترى أنهم لو اقتصروا على الأقل المجزئ لم يجز أن يقال أنهم نقصوا من الوصية . انتهى كلامه .

وهو غلط وقع في النسخ فإن حاصله اتحاد مقالة الإمام والصيدلاني وقد ذكر الإمام المسألة على الصواب ، فنقل عن الصيدلاني أن الزائد يكون وصية لا ابتداء عطية من الورثة ، ثم إنه خالفه بعد ذلك ، فإنه قال : فقال الصيدلاني : كل ما يضعونه محمول على الوصية ، ولا يكون ذلك منهم ابتداء تبرع ، فإن اسم الأكثر كما يمكن تنزيله على النصف ، وأدنى زيادة فهو محتمل لما يزيد ولهم أن يحملوا اللفظ على محتملاته والذي ذكره مأخوذ عليه ، بل ما يزيد على الأقل تفضل منهم إذ لو اقتصروا عليه لقيل

---

(١) سقط من أ .

إنهم لم ينقصوا من الوصية شيئًا ، وهذا الذي ذكرناه يجري في كل وصية لا يتقدر بمقدار ، فظهر بذلك إسقاط وقع في النسخ وكأن الأصل فما زاد على ما يجري مجرى على الوصية ، وليس ابتداء عطية إلى آخره .

فسقط ذلك [ولما التبس ذلك على الشيخ محيي الدين أسقط المسألة بالكلية] [(١)] ولو راجع « النهاية » لظهر له الأمر ، وكان أسهل ، ولم يتقدم للمسألة ذكر في كلامه في الوصية أيضًا .

قوله : ولو قال ضعوا عنه أكثر ما عليه أو أكثر ما بقي عليه ومثل نصفه يوضع عنه ثلاثة أرباع ما عليه وزيادة شيء ولو قال أكثر مما عليه أو ما عليه وأكثر وضع عنه الكل ، ولغي ذكر الزيادة . انتهى كلامه .

واعلم أن لفظة أكثر الواقعة في المسألة الأولى ، لم يقع بعدها « من » التي هي حرف جر بخلاف الواقعة في المسألة الثانية .

إذا علمت ذلك فقد سقطت المسألة الأولى من « الروضة » وسببه سقط وقع في كثير من نسخ الرافعي من لفظ أكثر إلى أكثر فوقعت للنووي نسخة من تلك النسخ السقيمة فاختصر منها ، وهذه المسألة التى أسقطها نص عليها الشافعي فقال : يوضع عنه أكثر من النصف بما شاؤوا أو مثل نصفه، ومقتضاه أن يحط عنه النصف وشيء ويضعهما جميعًا ، كذا قاله الماوردي والروياني فإذا كانت ألف درهم فاختار الوارث أن تكون الزيادة مثلاً درهمًا فوضع عنه خمسمائة درهم ، ثم يوضع نصف ذلك وهو مائتان وخمسون ونصف ، فالجملة سبعمائة وخمسون درهما ونصف ، وقال جماعة : إن الضمير في قول الشافعي ونصفه راجع إلى النصف خاصة فلا يزاد نصف الدرهم المذكور بل لو اقتصر على سبعمائة وخمسين مع زيادة شيء يسير

---

(١) سقط من أ .

كفى وهو الذي جزم به الرافعي .

قوله : وإن قال ضعوا عنه أوسط النجوم فتساوت النجوم في القدر والأجل حملت على العدد ، فإن كان العدد [وترًا كالثلاثة والخمسة فالأوسط واحد وإن كان] (١) شفعًا ، فالأوسط اثنان ، كالثاني والثالث من أربعة فيعين الوارث أحدهما هكذا أطلق ابن الصباغ وغيره .

ويجوز أن يقال الأوسط كلاهما ، فيوضعان وهذا مقتضى ما في «التهذيب» . انتهى .

ذكر في « الروضة » مثله أيضًا وفيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره ابن الصباغ هو مذهب الشافعي ﷺ فقد نص عليه في « الأم » في باب الوصية للمكاتب في الكلام على الوصية له بأوسط النجوم .

الأمر الثاني : أنه قد تقدم من كلامه في أول العتق ما يخالف المذكور هنا وتقدم التنبيه عليه هناك فراجعه .

قوله : في « الروضة » ولو قال كاتبوا أحد عبيدى أو إحدى إمائي ففي مكاتبة الخنثى الذي ظهر حاله طريقان :

المذهب : نعم .

والثاني :قولان لبعده عن الفهم ، ولو قال أحد رقيقي جاز العبد والأمة ، وكذا الخنثى على المشهور . انتهى .

وما جزم به في المسألة الأخيرة من كون المسألة ذات قولين خلاف ما صححه الرافعي فإنه حكى طريقين :

إحداهما : قولان .

---

(١) سقط من أ .

والثانية : القطع بالإجزاء وصححها . إلا أن تعبير الرافعي فيه قلق وغموض فلذلك حصل في « الروضة » ما حصل ، ثم إن إجزاء الخنثى في الوصية بالرقيق أظهر منه في الوصية بالعبد أو الأمة يتصور الجزم بإثبات الخلاف في الرقيق وتصحيح الطريقة الثانية له في مسألة العبد والأمة .

واعلم أن الرافعي في أوائل الباب الثاني في أحكام الوصية قد جزم في المسألتين جميعًا بوجهين على خلاف ما صححه هنا من القطع ، وخلاف ما جزم به من كون الخلاف عند مثبته قولين ، وتبعه عليه في « الروضة » .

قوله : الثالثة لا يشتري أحد من أصوله وفروعه ليضمنه العتق ، وفوات المال . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على هذا التعليل أيضًا ، وهو غير صحيح ، فإن القريب إذا دخل في ملكه بلا عوض كما لو ورثه أو اتهبه فإنه لا يعتق عليه بل يوقف عتقه على عتقه ، فلم يصر بملكه مقتضيًا لعتقه ، والصواب في تعليله ما نقله عن الإمام بعد هذا بأوراق في آخر الحكم الرابع فقال في الكلام على امتناع فدائه : والفداء كالشراء وليس له صرف المال الذي يملك التصرف فيه إلى عرض ولده الذي لا يملك التصرف فيه ، فإنه بمثابة التبرع .

قوله : ولا يبيع بالنسيئة سواء باع بمثل قيمته أو أكثر ، وسواء استوثق بالرهن أو الكفيل أو لا ، لأن الكفيل قد يفلس والرهن قد يتلف ، ويحكم الحاكم المرفوع إليه بسقوط الدين ، ولو اشترى نسيئة بثمن النقد يجوز ، ولا يرهن فإنه قد يتلف ، ثم قال : وفرقوا بين المكاتب والولي حيث يبيع مال الطفل نسيئة ويرهن ويرتهن للحاجة أو المصلحة الظاهرة . بأن المرعي هناك مصلحة الطفل ، والولي منصوب لينظر له .

وهاهنا المطلوب العتق والمرعي مصلحة السيد والمكاتب غير منصوب

لينظر له ، وقد ذكرنا في كتاب الرهن أن بعضهم سوى بينه وبين الولي في البيع نسيئة وفي الرهن والارتهان ، لكن الذي أطبق عليه عامة الأصحاب ، وأورده هنا المنع ويشبه أن يتوسط فيقال : إن دعت ضرورة إلى البيع والرهن كما في وقت النهب فله ذلك حفظًا للمال ، وإن كان يرى فيه مصلحة ، لم يكن منه ، لأنه ليس ناظرًا للسيد . انتهى ملخصًا .

وما ذكره هنا من منع الرهن والارتهان ومنع البيع بالنسيئة ، قد خالفه في كتاب الرهن .

وصحح الجواز في المسألتين ، وأن حكمه كحكم الولي ، وتبعه في «الروضة» على الموضعين وقد ذكرت لفظه هناك فراجعه .

قوله : وإذا باع أو اشترى لم يسلم ما في يده حتى يتسلم العوض لأن رفع اليد عن المال بلا عوض نوع غرر . انتهى .

وهذا الذي أطلقه ، قيده ابن الرفعة بما إذا كان العوض في غير المجلس، وجزم فيما إذا كان في المجلس بالجواز ثمنًا كان أو مثمنًا ، وعلله بقوله لأن ذلك يعسر ضبطه .

قوله : في « الروضة » : والجمهور على أن في خلع المكاتبة بالإذن قولين أظهرهما الصحة . انتهى .

وما ذكره هنا من تصحيح الصحة ، قد خالفه في كتاب الخلع وقد سبق ذكر لفظه هناك وأن الصواب ما ذكره في هذا الموضع .

قوله : وإعتاق المكاتب بإذن السيد غير نافذ في أصح القولين ، لأن المكاتب ليس أهلاً للولاء .

ونص الشافعي والأصحاب على أن الكتابة كالإعتاق ، وللإمام في ذلك احتمالان من غير ترجيح . انتهى .

ذكر في « الشرح الصغير » ما حاصله الجواز . فقال :

وفي الإعتاق طريقان :

أظهرهما : أنه على القولين .

والثاني : القطع بالمنع ، هذا لفظه ولم يذكر غيره .

وقد صحح النووي أيضًا في « الروضة » و « المنهاج » أنه لا يجوز ، وصحح في «تصحيح التنبيه » الجواز فإن الشيخ حكى قولين في مسائل كثيرة منها العتق والكتابة فصحح ـ أعني النووي ـ في كلها أنه يجوز ، فقال ما نصه : وصحة تبرعات المكاتب بإذن .

قوله : فإن قلنا بنفوذ العتق ، ففي قول ولاؤه للسيد والأظهر : أنه موقوف ، فإن عتق كان الولاء له ، وإن مات رقيقًا كان للسيد ، وإن عجز ورق فحكى الإمام أنه يبقى التوقف لأنه يرتقب عتقه من وجوه أخر .

واعترض عليه بأن الكتابة قد انقطعت والعتق من وجه آخر لا يتعلق بما سبق والذي اعترض به هو الذي يوجد لعامة الأصحاب لاغير . انتهى .

وما نقله عن الأصحاب لاغير قد تابعه عليه في « الروضة » وعبر بقوله قطع به الأصحاب ، لكن الذي ذكره الإمام ، قد أبداه القاضي الحسين في تعليقه احتمالاً .

قوله : [فلو مات] (١) المعتق قبل موت المكاتب وعوده إلى الرق فالميراث موقوف أيضًا ، وفي قول : إنه للسيد ، لأن الولاء قد يثبت الشخص ثم ينتقل عنه ، فلا يبعد فيه التوقف بخلاف الميراث ، وفي قول ثالث : إنه لبيت المال : كما إذا كاتب الذمي عبداً ولحق بدار الحرب فاسترق وعتق مكاتبه ومات ، صرف ماله لبيت المال . انتهى .

---

(١) سقط من أ .

وتعبيره في أول الكلام بقوله قبل موت المكاتب وعوده إلى الرق ، قد ذكره أيضًا في « الروضة » وهو تحريف ، وصوابه قبل عتق المكاتب ، فإن ذلك بيان لما أخبر عنه قبل ذلك ، بقوله : فإن عتق المكاتب كان الولاء له ، وإن مات رقيقًا كان للسيد ، فذكر هنا الحكم فيما إذا مات قبل الأمرين .

ولهذا عبر في « المهذب » بقوله قبل عجز المكاتب أو عتقه .

قوله : وإذا أذن السيد للمكاتب في وطء الجارية وتسريها ، فقد بني ذلك على أن العبد هل يملك بالتمليك ؟ إن قلنا لا ، لم يحل له الوطء ولا التسري وهو الأصح .

وإن قلنا : نعم فقيل يحل ، وقيل ينبني على الخلاف في تبرعاته بالإذن .

وعن ابن أبي هريرة طريقة قاطعة بالمنع لضعف الملك . انتهى كلامه .

وحاصله تصحيح المنع ، ولهذا عبر عنه في « الروضة » بقوله المذهب منعه ، وذكر قبيل كتاب الصداق بأوراق قلائل ما يخالفه فقال في الكلام على تزويج العبد : إن فيه قولين مبنيين على الخلاف في تبرعاته . انتهى .

وعبر في « الروضة » عنه بقوله فيه القولان في تبرعاته ، وهو أظهر في المخالفة وذكرها أيضًا في « زوائده » ، في آخر باب معاملات العبد ، وعبر بمثل ما عبر في النكاح .

والصواب المنع ، فقد نص عليه الشافعي فقال في البويطي في باب الكتابة ولا يتسري المملوك ولا المكاتب وإن أذن له سيده ، وقال في «الأم » في أول باب تسري المكاتب ما نصه : قال الشافعي وليس للمكاتب أن يتسرى بإذن سيده ولا بغير إذن سيده .

وذكر أيضًا مثله في باب ما اكتسب المكاتب فقال : وليس للمكاتب أن

يتسرى وإن أذن له سيده . انتهى ومن « البويطي » و « الأم » نقلت .

وليس المنع في التسري لكون الشافعي يمنع المحاباة ، بل منع ذلك مع التصريح بجواز غيره من التبرعات كما صرح به في «الأم» في مواضع من باب بيع المكاتب وشرائه فاعلمه .

وما ذكره الرافعي هنا من البناء على أن العبد هل يملك أم لا ؟ قد ذكره أيضًا في مواضع ومقتضاه الخلاف في أن المكاتب هل يملك ؟ وقد صرح به غيره ، وحذف النووي البناء المذكور .

قوله : ولو أذن له في التكفير بالإطعام أو بالكسوة ففيه قولان . انتهى .

لم يصحح شيئًا في « الروضة » أيضًا والصحيح هو الجواز .

ممن صححه النووي في « تصحيح التنبيه » فإن الشيخ حكى فيه وفي غيره قولين من غير ترجيح ، فعبر النووي بلفظ جامع للكل ، وحكم عليه بالصحة ، وصرح بتصحيحه أيضًا ابن الرفعة في « الكفاية » ، وعبر بالأصح .

قوله : ولو أذن في التكفير بالإعتاق [وصححنا إعتاقه بالإذن وتوقفنا في الولاء فنتوقف في الإجزاء أيضًا فإن عجز بان أنه لم يجزئه وعليه أن يكفر بالصوم والظاهر أنه لا يجوز تكفيره بالإعتاق] (١) ، وعن القفال أنه إذا عتق بإذن السيد ، وجعلنا الولاء للسيد فينبغي أن يجزئ عن كفارته إذا نوى . انتهى كلامه .

واعلم أنه قد سبق في آخر الباب الثاني من كتاب الأيمان ما يخالف المذكور هنا فنقل ما حاصله، أنا إذا صححنا العتق بإذنه أجزأ التكفير مطلقًا ، سواء قلنا الولاء له أو للسيد أو موقوف .

---

(١) سقط من أ .

واعلم أن حاصل ما ذكره الرافعي في تكفير المكاتب بالإعتاق ثلاثة أقوال :

الأول : عدم الإجزاء مطلقًا وهو الصحيح .

والثاني : الإجزاء .

والثالث : الوقف ، وقد اختصره في « الروضة » بعبارة لا يعلم منها الثالث ، فقال : لم يجزئه على المذهب ، هذا لفظه من غير زيادة .

قوله : ولو اشترى المكاتب بعض من يعتق على سيده أو اتهبه وقبل الوصية ، ثم رق عتق ذلك الشقص على السيد ، وهل يسرى إلى الباقي ؟ إن كان موسراً ينظر إن عجز المكاتب نفسه بغير اختيار عجزه السيد فوجهان لأن المقصود فسخ الكتابة والملك يحصل قهراً . انتهى .

لم يصحح في « الشرح الصغير » ولا في « الروضة » أيضًا شيئًا من الوجهين ، والصحيح أنه لا يسري كذا رجحه الرافعي في العتق في الكلام على الشرط الثاني من شروط السراية وهو الاختيار . فقال : أشبههما لا ، ويحكى عن ابن الحداد هذا لفظه ، وقال في « الروضة » هناك : إنه الأصح .

قوله : ولو اتهب العبد القني بعض من يعتق على السيد بغير إذنه وقلنا بالصحيح أنه يصح اتهابه بغير إذن سيده . ولم يتعلق به لزوم النفقة ، ففي صحة القبول قولان :

أحدهما : لا يصح لأنه يعتق عليه ذلك البعض ويسري . وفي التقويم على السيد إضرار به .

وأظهرهما : أنه يصح ولا يسرى لحصول الملك بغير اختياره كما لو ورث .

ثم قال :وفي « الوسيط » وجه آخر أنه يصح ويعتق ويسري ويجعل

اختيار العبد كاختياره ، كما يجعل قوله كقبوله ولم أجد هذا الوجه في «النهاية» . انتهى كلامه .

وما ذكره هنا من تضعيف عدم السراية حتى أنه أنكره ذكره أيضًا في «الشرح الصغير» بعبارة هي أبلغ في الإنكار مما ذكره هنا فقال : والذي حكاه الغزالي لا ذكر له في « الوسيط » ولا في غيره هذا لفظه ، والذي قاله غريب جدًا ، فقد جزم هو في كتاب العتق بما أنكره هنا ، فقال في آخر الخاصة الثانية من خواصه : ولو وهب من العبد بعض من يعتق على سيده فقيل : وقلنا :لا يفتقر قبوله إلى إذن السيد ، عتق الموهوب على السيد وسري لأن قبول العبد كقبوله شرعًا هذا لفظه بحروفه ، ووقع هذا الاختلاف العجيب في « الروضة » أيضًا ، غير أنه لما ذكر ما في العتق استشكله فقط ، فقال : قلت هذا مشكل ، وينبغي أن لا يسري لأنه قهري كالإرث والله أعلم .

واقتصر في « الشرح الصغير » على ذكر المسألة في هذا الباب .

قوله : في « الروضة » : فرع : وهب للمكاتب بعض أبيه فقبله وصححنا قبوله فعتق المكاتب عتق عليه ذلك الشقص .

فهل يقوم عليه الباقي ؟ إن كان موسرًا وجهان : أصحهما نعم قاله ابن الحداد ، وصححه الشيخ أبو علي ومنع القفال . انتهى .

لم يصحح الرافعي شيئًا وإنما نقله عن تصحيح الشيخ أبي علي .

قوله : أيضًا فيها : فرع : اشترى المكاتب ابن سيد . ثم باعه بأبي السيد صح وملك الأب فإن رق المكاتب صار الأب ملكًا للسيد ، وعتق عليه وإن وجد به عيبًا لم يكن له الرد ، وله الأرش ، وهو جزء من الثمن، فإن نقص العيب عشر قيمة الأب،رجع بعشر الابن الذي هو الثمن ويعتق ذلك العشر، ولا يقوم الباقي على السيد إن كان المكاتب عجز نفسه ، وكذا إن عجزه

سيده على الأصح . انتهى .

وهذا التصحيح إنما نقله الرافعي عن الشيخ أبي علي فقط كالمسألة قبلها ثم نقل بعده عن الإمام وجهين في أن الأرش هل ينقلب إليه قهراً أم لا يملكه إلا بالاختيار ؟ فإن قلنا بالأول ففيه وجهان ، وإن قلنا بالثاني فالظاهر السراية هذا كلامه .

قوله فيها : فلو وطء المكاتب جاريته فولدت قبل عتقه ، فالولد نسيب يتوقف عتقه ، على عتق أبيه ، ولا تصير الأمة مستولدة في الحال على المذهب ، فإن عتق ففي مصيرها أم ولد قولان ، ثم قال : وإن ولدته بعد عتقه فإن كان لدون ستة أشهر كان كما لو ولدته قبل العتق ، وإن كان لستة أشهر فأكثر من يومئذ ، فقد أطلق الشافعي رحمه الله أنها تصير مستولدة .

وللأصحاب طريقان أصحهما أن هذا إذا وطيء بعد الحرية ، وولدت لستة أشهر فصاعداً من حين الوطء لظهور العلوق بعد الحرية .

والولد والحالة هذه لا ولاء عليه إلا بالولاء على أبيه ، ولا ينظر إلى احتمال العلوق في الرق تغليباً للحرية ، فأما إذا لم يطأها بعد الحرية فالاستيلاد على الخلاف .

والثاني : يثبت الاستيلاد وطء بعد الحرية أم لا لأنها كانت فراشاً قبل الحرية والفراش مستدام بعدها ، وإمكان العلوق بعدها قائم فيكتفي به . انتهى كلامه .

أما القولان المذكوران في الاستيلاد من غير ترجيح ، فالصحيح منهما عدم الثبوت فإنه صحح ذلك في « المحرر » و « المنهاج » ولم يفصل بين ما قبل العتق وما بعده وهو مقتضى كلام الرافعي في «الشرحين» لمن تأمله ، وأما التصحيح الذي ذكره في الطريقين المذكورين بعد ذلك فليس للرافعي ، إنما نقله عن البغوي خاصة .

الحكم الرابع
في ولد المكاتبة

قوله : وولد المكاتبة من نكاح أو زنا يثبت له حكم الكتابة .وفي قول لا .
فعلى الأول يكون الملك فيه للسيد في أظهر القولين لكن يوقف كسبه ، وأرش الجناية عليه فإن عجزت الأم فأرادت أن تأخذ من كسب ولدها المرقوق ، وتستعين به في أداء النجوم فهل تجاب ؟ قولان أظهرهما المنع . انتهى .

لم يصحح الرافعي شيئًا من القولين ، وإنما نقله عن تصحيح الإمام .

قوله : وأما ولد المكاتب من جاريته فملك للمكاتب يتكاتب عليه ، وإذا عتق وكان له كسب كان للمكاتب لا للولد ، ولو جنى هذا الولد ، وتعلق الأرش برقبته فقد حكى الإمام عن العراقيين أنه إن كان له كسب فله أن يفديه ، وإن لم يكن له كسب وأراد أن يتبعه فله أن يتبع جميعه ، وإن زاد على قدر الأرش ثم يصرف قدر الأرش إلى المجني عليه ، ويأخذ الباقي ثم غلط من صار إليه ، وقال : الصحيح أنه لا يفدي ولده وأن يفديه من كسبه لأن كسب الولد كسائر أموال الكتابة والفداء كالشراء ، وليس له صرف المال الذي يملك التصرف فيه إلى عرض ولده . الذي لا يملك فيه التصرف ، فإنه بمثابة التبرع . قال : والصحيح أنه إذا باع لا يتبع منه إلا قدر الأرش كالمرهون . انتهى كلامه .

فأما فداء الولد فالصحيح فيه المنع كما قاله الإمام . كذا جزم به الرافعي قبل هذا بأوراق في الفصل المعقود لتصرفات المكاتب في الكلام على شراء القريب .

وأما الذي قاله ثانيًا وهو أنه لا يتبع إلا قدر الأرش فإنه الصحيح أيضًا، نص عليه الشافعي في « الجامع الكبير » كذا نقله العمراني في «الزوائد» وحكى عن الشيخ أبي حامد وجهين :

أحدهما : هذا .

والثاني : أن الأرش لا يتعلق برقبته ولا يباع لأن الشرع قد منع من بيع الآباء والأبناء وجزم في « الشامل » أيضًا بأنا إنما نبيع الجميع عند تعذر بيع البعض .

وقد علمت بما ذكرناه أن إطلاق الإمام النقل عن العراقيين غير مستقيم، وقد تفطن له الرافعي بعد ذلك في أثناء الحكم الخامس فاستدرك على الإمام فقال : ولا يوجد هذا في كتبهم على هذا الإطلاق لكن قالوا يباع منه بقدر الأرش ، فإن لم يتيسر بيع كله ، وأدى من ثمنه الأرش والفاضل للسيد هذا كلامه .

واعلم أن قول الرافعي أنه يتكاتب عليه مع ما ذكره في الكسب من كونه للمكاتب لا للولد لا يستقيم .

قوله : في « الروضة » في المسألة : فإذا فداه لا ينفذ تصرفه بل يتكاتب عليه كما لا ينفذ إذا اشتراه . انتهى كلامه .

وهو عجيب من وجوه ، منها أنه قد سبق ذكره قبل هذا بأحرف .

ومنها أنه عقبه بكلام الإمام والإمام مانع للفداء ، فتأمل كلام «الروضة» يظهر لك خلله واضحًا ، فإنه يظهر بتذكر جملة كلامه ، ولولا خشية الإطالة لذكرته لكن فيما ذكرته تنبيه عليه ، والسبب في ما وقع فيه النووي أن الغزالي في « الوجيز » ذكره تعليلاً لمنع الفداء ، وتوجيهًا في إلحاقه بالشراء فتكلم الرافعي عليه عقب فراغ المسألة على عادته في ألفاظ «الوجيز» فظن المصنف أنها مسألة لم تتقدم فنص عليها فوقع في الخلل .

قوله : وولد المكاتبة من عبدها يشبه أن يكون كولد المكاتب من جاريته وأولاد [أولاد] (١) المكاتبة كأولادها ، انتهى كلامه .

والمسألة الأخيرة وهي الكلام على أولاد الأولاد ، قد أسقطها النووي من « الروضة » وذلك لأن كثيراً من نسخ الرافعي قد سقط منها لفظ أولاد من قوله أولاد أولاد فوقعت تلك النسخة للنووي فرأى الكلام غير منتظم فأسقطه .

قوله : والأمة المشتركة إذا كاتبها المالكان ثم وطئها أحدهما ، وهو معسر فحبلت منه ومات الواطء بعد فسخ الكتابة عتق النصف والباقي قن، وفي الولد وجهان . قال ابن أبي هريرة : ينعقد كله حراً ، وقال أبو إسحاق نصفه حر ونصفه رقيق ، وفي « التهذيب » أن هذا أصح ، انتهى.

وهذه المسألة قد اختلف فيها كلام الرافعي وكلام « الروضة » من وجهين أحدهما في أن الخلاف وجهان أو قولان ، والثاني في الأصح من الخلاف ، وقد أوضحت الأمرين في كتاب السير .

قوله : في المسألة في « الروضة » وإن كان موسراً سرى الاستيلاد بعد عجز المكاتب نفسه وفي قول في الحال فعلى هذا يجب على الواطيء للشريك نصف مهرها ، ونصف قيمتها ، وأما قيمة نصف الولد ففي وجوبه قولان . انتهى .

واعلم أن تعبيره في الأم بنصف القيمة وفي الولد بقيمة النصف غير مستقيم بل الصواب التسوية بينهما في التعبير ، وقد عبر الرافعي فيهما بنصف القيمة فعدل المصنف عنه في أحدهما دون الآخر وهو غريب .

وقد تقدم ذكر المسألة أيضًا في العتق في آخر الكلام على السراية ، وتقدم أيضًا هناك الفرق بين العبارتين .

---

(١) سقط من ب .

قوله : أيضًا في المسألة فلو وطئاها معًا وأتت بولدين واتفقا على أن هذا من ذا وذاك من ذلك ، واتفقا على السابق منهما نظر ، إن كانا موسرين أو الأول فقط صارت مستولدة للأول .

ثم قال : وأما الثاني فإن وطئها بعد ما صار جميعها مستولدًا للأول .

وهو عالم بالحال لزمه الحد وولده رقيق وإن كان جاهلاً ، فالولد حر وعليه تمام قيمة الولد يوم الوضع ، ويكون جميعها للأول إن ارتفعت الكتابة في نصيبه ، وإن بقيت فنصف المهر له ونصفه للمكاتبة .

ونصف قيمة الولد ونصفها على الخلاف في ولد المكاتبة ، انتهى كلامه.

وما ذكره في آخره بالنسبة إلى قيمة الولد كلام ناقص ، وكأنه سقط منه لفظة واحدة وهي له ، ويكون أصله ونصف قيمة الولد له ونصفها على الخلاف .

وقد اشتبه ذلك على النووي فحذف النصف الثاني فقال : ونصف قيمة الولد على الخلاف ، هذا لفظه وهو غريب حيث تكلم على نصف دون نصف .

الحكم الخامس في جناية المكاتب والجناية عليه

قوله : أحدها إذا جنى المكاتب على أجنبي فطولب بالأرش فدى نفسه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش الجناية .

والقديم أنه بأرش الجناية بالغًا ما بلغ فإن لم يكن في يده مال بيع في الجناية ولو أعتقه السيد ، أو أبرأه من النجوم لزمه الفداء لأنه فوت متعلق حق المجني عليه ، ثم قال :وبم يفديه السيد ؟ فيه طريقان :

أحدهما : أنه على القولين .

والثاني : القطع بأنه يفديه بالأقل بخلاف حال بقاء الكتابة ، فإن الرق باق ولو بيع فربما رغب فيه راغب بأكثر من قيمته . انتهى .

تابعه في « الروضة » على عدم الترجيح لشيء من الطريقين ، والأصح هو طريقة القطع كذا صححه الرافعي في العبد القن إذا جنى فأعتقه سيده، مع أنه أقرب إلى البيع من المكاتب ، ففي المكاتب بطريق الأولى .

كذا ذكره الرافعي في أواخر الجنايات قبيل الكلام على الغرة .

قوله : الثانية إذا جنى المكاتب على عبد سيده أو على طرفه فعفي المستحق على مال أو كانت الجناية موجبة للمال تعلق الواجب بما في يده لأن السيد مع المكاتب في المعاملات ، كالأجنبي مع الأجنبي،فكذلك في الجناية ، وما الذي يلزم المكاتب ، أيلزم الأرش بالغًا ما بلغ أو الأقل ؟ فيه القولان المذكوران في الجناية على الأجنبي .

فإن قلنا يلزم الأرش بالغًا ما بلغ ، وكان أكثر من قيمته . فعن الشيخ أبي حامد أن له أن يفدي نفسه به وعن القاضي أبي الطيب أن فيه الخلاف في هبته من سيده .

قال ابن الصباغ ، وهذا يقتضي أن يقال للسيد أن يمتنع من القبول ؛ لأنه لا يلزمه قبول الهبة ، وعندي أنه يلزمه القبول إذا أمكنه أداؤه ، وأداء مال الكتابة . انتهى كلامه .

وما ذكره في آخر كلامه من اشتراط أداء مال الكتابة ، مقتضاه أنه لا فرق فيه بين الحال والمؤجل ، وليس كذلك بل العبرة بالحال خاصة .

كذا صرح به في غير هذا الموضع ، ثم إن المصنف لم يستوف كلام ابن الصباغ على وجهه ، فإنه قال : وعندي أنه يلزمه أي السيد قبول ذلك ، لأن المكاتب لا يمكنه أن يفدي نفسه إلا بذلك فإذا أمكنه أن يؤدي ذلك ويؤدي ما عليه من الكتابة لم يكن للسيد الامتناع ، وإن كان ما بيده لا يفي بما عليه ، كان للسيد مطالبته وتعجيزه ، فإذا عجزه وفسخ الكتابة سقط عنه مال الكتابة وأرش الجناية ، لأنه عاد قنًا . هذا كلامه ، وما ذكره أيضًا من سقوط الأرش ، قد حصل فيه اضطراب أوضحته في الباب الثالث من أبواب الرهن .

قوله : وإذا عجز بسبب الأرش أو النجوم ورق فهل يسقط الأرش أو يكون في ذمته إلى أن يعتق ؟ فيه وجهان :

أظهرهما الأول ، وهما كالوجهين في ما لو كان له على غيره دين فملكه هل يسقط ؟ انتهى كلامه .

وقد ظهر لك مما ذكرناه في المسألة السابقة اختلاف كلام الرافعي في هذه المسألة .

قوله : ولو وجب للسيد على المكاتب مال بسبب جناية ، ثم أعتقه أو أبرأه عن النجوم فإن لم يكن في يده شيء سقط الأرش ، لأنه أزال الملك عن الرقبة ، التي كانت متعلق الأرش وإن كان في يده مال فوجهان :

أحدهما : لا يتعلق الأرش به ، لأن الأرش كان متعلقًا بالرقبة [وقد

تلفت وأظهرهما المنع والتوجيه المذكور ممنوع . بل الأرش متعلق بالرقبة](١) وبما في يده . انتهى كلامه ملخصًا .

وما ذكـره هنا من أن هذا المال الذي للسيد مـتعلق برقبـة المكاتب ، قد ناقضـه بعد هذا بنحـو عشـرة أسطر ، فقال : ثم ظاهـر ما ردده في هذا الموضع ونص عليه الشافعي أنه يجب الأرش بالغًا ما بلغ ، ثم قال مانصه : وفرق بين ما نحن فيـه وبين ما إذا جنى على أجنبي ، ثم أدى النجوم حيث ذكرنا خلافًـا في ما يجب عليه بأن الواجب في الجناية على السـيد لا يتعلق برقبة المكاتب ، وإنما هو في ذمته فيجب بكماله كما لو جنى حر على حر ، وأرش الجناية على الأجنبي يتعلق بالـرقبة ، فجاز ألا يزاد عليـها ومنهم من طرد القول الآخـر ، وهو وجوب أقل الأمرين ، وقـال : العتق لا يغيـر ما تقدم وجـوبه ، هذا كلامه وهو عـجيب سلمت منه « الروضـة » ، فإنه لم يذكر الثاني .

قوله : الثالثة عبد المكاتب إذا جنى على أجنبي ، وتعلق المال برقبته ، يباع فيها إلا أن يفديه السيد ، انتهى .

ويستثنى من إطلاق الفداء ما إذا كان العبد آبقًا ، فإنه لا يجوز فداؤه ، كذا نقله البندنيجي في التعليق عن نص الشافعي وهو ظاهر .

قولـه : وإذا أفداه السـيد فداه الأقل مـن الأرش ومن قيـمته ، وفـي قول بالأرش ثم قال ثم ظاهر لفظ المختصر أنه تعتـبر قيمة العبد يوم الجناية ، لأنه يوم تعلق الأرش وعن ابن خـيران أنه يجيء قول آخـر ، أنه تعتـبر قيـمة يوم الاندمال بناء على أنه وقت المطالبة بالمال .

وحكي عن القـفال أنه تعتبر قيـمة يوم الـفـداء لأن المكاتب إنما يمنع من بيعه ، ويسـتديم الملك فيه يومـئذ ، وذكر القاضي ابن كج أن المذهب اعـتبار

(١) سقط من أ .

أقل القيمتين من قيمته يوم الجناية ، وقيمته يوم الفداء احتياطيًا للمكاتب ، وإبقاء للمال عليه ، ونسب هذا إلى لفظه في « الأم » . انتهى كلامه .

[وظاهره رجحان أقل القيمتين . فإن توقف متوقف في أخذه من هذا الكلام] [1] لم يؤخذ منه ترجيح غيره قطعًا .

إذا علمت ذلك فقد أغرب في « الروضة » فصلح الأول فقال ما نصه :

الأصح ، وظاهر نصه في المختصر يوم الجناية ، ثم ذكر ما في كلام الرافعي فاعلمه .

قوله : وإذا ثبت للمكاتب قصاص فعفي عنه مجانًا سقط القصاص ، ثم إن قلنا موجب الحمد أحد الأمرين لم يسقط المال إن عفي بغير إذن السيد ، وإن عفي بإذنه ففيه الخلاف في تبرعه بالإذن ، وإن قلنا موجب العمد القصاص إلى آخره .

واعلم أن النووي في « الروضة » قد أسقط التفريع على القول الأول وهو الموجب لأحد الأمرين وكأنه سقط من نسخه من موجب العمد إلى موجب العمد ، أو انتقل نظره منه إليه .

قوله : في « الروضة » : وحيث يثبت المال للمكاتب بالجناية على طرفه ، فهل يستحق أخذه في الحال أم يتوقف على الاندمال ؟ قولان كالجناية على الحر ، وقيل : يستحقه في الحال قطعًا ، مبادرة إلى تحصيل العتق . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن جزمه في الحر بطريقة القولين مخالف لما ذكره في كتاب الجنايات ، في آخر باب القصاص في الأطراف ، فإنه حكى هناك طريقين وصحح طريقة القطع بأنه يتوقف على الاندمال وقد ذكرت لفظه فراجعه .

---

(١) سقط من أ .

الأمر الثاني : إذا فرعنا على أن المكاتب يستحق الأخذ في الحال ، فهل يختص ذلك بما إذا ترتب العتق على المأخوذ بأن كـان وافيًا بالذي عليه ، أو لا يختص به .

فيه وجهان من غيـر ترجيح ، حكاهما الرافعي في الجنايات في الموضع المشار إليه عن النهاية وحذفهما النووي من هناك ، ظنًا منه أنهما يذكران في هذا الموضع فلزم خلو « الروضة » عن هذه المسألة .

قـوله : ولو جنى على طرف المكاتب عـبده فله القـصاص ، وإن كـانت الجناية خطأً أو عفي على مال ، فلا يثبت له على عبده مال .

وهل له أن يبيع منـه بقدر الأرش ؟ فيـه الوجهان المذكـوران ، في ما إذا جنى ابن المكاتب الذي يكاتب عليه على عبد آخر ، انتهى كلامه .

وقد أسقط النووي من الروضة المسألة الأخيرة ، وهي مسألة البيع .



كتاب عتق أمهات الأولاد

قوله في أصل « الروضة » : فإذا قلنا بالمذهب لأنه لا يجوز بيعها فقضى بجوازه قاض فحكى الروياني عن الأصحاب أنه ينقض قضاؤه وما كان فيه من خلاف بين الفرق الأول فقد انقطع ، وصار مجمعًا على منعه ، ونقل الإمام فيه وجهين . انتهى كلامه .

ومقتضاه رجحان النص ، وقد تقدم من كلامه في الباب الثاني المعقود لجامع آداب القضاء في الكلام على ما ينقض من الأحكام ، ما يخالف ذلك وقد تقدم ذكره هناك مبسوطًا فراجعه .

قوله : وللأصوليين خلاف في أنه هل يشترط لحصول الإجماع انقراض العصر ؟ ثم قال : ولأصحابنا أيضًا وجهان . في ما إذا اختلف الصحابة في مسألة ، ثم اجتمع التابعون على أحد القولين ، هل يرتفع به الخلاف الأول؟ انتهى .

والصحيح أنه يرتفع فقد قال الغزالي في « المنخول » وابن برهان في «الأوسط » : إنه مذهب الشافعي ، وقال إمام الحرمين في « البرهان » : ميل الشافعي إليه ، قال : ومن عبارته الرشيقة في ذلك أن المذاهب لا تموت بموت أصحابها .

وقال النووي في كتاب الجنائز من « شرح مسلم » في الكلام على الصلاة بعد الدفن : إن الأصح أنه إجماع ، وكأنه قلد فيه بعض الأصوليين .

قوله : أيضًا في الروضة في تزويجها أقوال أظهرها : للسيد الاستقلال به لأنه يملك إجازتها ووطئها كالمدبرة .

والثاني : قاله في القديم لا يزوجها برضاها .

والثالث : لا يجوز وإن رضيت ، انتهى كلامه .

وما ذكره هنا من كون الخلاف أقوالاً ، قد ناقضه في كتاب النكاح في الباب الخامس منه فجعله وجوهًا ، وذكر مثله في « المنهاج » أيضًا ، ولم يقع في كلام الرافعي اختلاف كما تقدم بسطه هناك .

قوله : وهل للكافر تزويج مستولدته ؟ فيه وجهان حكاهما الصيدلاني وهو الذي أجاب به القفال .

أحدهما : لا لانقطاع الموالاة .

والثاني : نعم لكونه مالكًا ، وذكر على الوجه الأول أن القاضي لا يزوجها ، وعن أبي إسحاق أن الحاكم يزوجها إذا أرادته المستولدة ، وكذلك إن أراد السيد . انتهى .

والأصح أن الكافر لا يزوج المستولدة بقوله أصحهما لا وبه قطع القفال هذا لفظه والذي دلت عليه عبارة الرافعي أن القفال أجاب أيضًا بالوجهين .

قوله : وعن أبي إسحاق أن أم ولد الذمي إذا أسلمت تكون أحق بحضانة الولد ما لم تتزوج ، وإذا تزوجت صار الأب أحق بالولد ، إلا أن يكون الولد مميزًا ويخاف أن يفتنه في دينه فلا يترك عنده .انتهى .

والذي نقله هنا عن أبي إسحاق من ثبوت الحضانة للأب ، وأقره عليه خلاف المعروف فإن الصحيح أنه لا حضانة لكافر على مسلم ، وقد استدركه عليه في « الروضة » .

قوله : في فتاوى القفال أن العبد إذا أولد جارية ابنه الحر لا حد عليه ، وثبت النسب ، ولا يثبت الاستيلاد وأن المكاتب إذا أولد جارية ولده فيحتمل ينبني ثبوت الاستيلاد على الخلاف المتقدم في جارية نفسه . انتهى.

تابعه في « الروضة » على ذلك ، فأما ما نقله عن القفال أولاً فقد أهمل منه ثبوت حرية الولد ، فإن القفال أفتى أيضًا به .

كذا حكاه الرافعي عنه في أواخر النكاح في الكلام على وطء الأب جارية ولده ، وحكى معه وجهًا آخر ، أنه لا يثبت ولم يصحح منهما شيئًا وأما ما نقله ثانيًا من احتمال التخريج المذكور ، فقد جزم به الرافعي أيضًا في الموضع المشار إليه .

قوله : وإذا أولد جاريته المحرمة عليه بنسب أو رضاع أو مصاهرة ولزمه التعزير وفي قول الحد ، ثم قال ما نصه : وعلى القولين لو أولدها يكون الولد حرًا نسبًا وتصير هي مستولدة .

قال الأصحاب : ولا يتصور اجتماع هذه الأحكام مع وجوب الحد ، إلا في هذه الصور على أحد القولين . انتهى كلامه .

وبه تم أيضًا كتابه رحمه الله ، فيه أمران :

أحدهما : أن ما جزم به هاهنا من كونه حرًا نسبًا مع القول بوجوب الحد ، قد صحح خلافه في موضعين أحدهما في أواخر النكاح في الفصل المعقود ، لوطء الأب جارية الابن . والثاني في باب حد الزنا في الكلام على وطء الشبهة وقد سبق لفظ كل من الموضعين في بابه فراجعه .

ووقعت المواضع الثلاثة في « الروضة » على هذا الاختلاف الواقع هنا.

الأمر الثاني : أن ما ذكره من هذه الأحكام وهي الحرية والنسب ، والاستيلاد لا يتصور اجتماعها مع الحد على قول إلا في هذه الصور غريب بل يتحصل مما نقله الرافعي في باب حد الزنا ، وفي الكلام على وطء جارية الولد مسائل أخرى :

إحداها : إذا وطيء الأب جارية ولده واستولدها ولم تكن مستولدة الابن .

ثانيها : إذا أولد الرجل جاريته المشتركة .

ثالثها : إذا أولد جاريته المزوجة .

رابعها : إذا أولد جاريته المعتدة من زوجها .

خامسها : إذا أولد أمته المحبوسة [1] أو المبتوتة .

سادسها : إذا أولد الذمي أمته التي أسلمت قبل أن تباع عليه .

سابعها : أن يولد أمته المحرمة عليه تحريمًا مؤبدًا بنسب أو رضاع أو مصاهرة .

فجميع ما ذكرناه يثبت فيه الحرية والنسب والاستيلاد مع وجوب الحد على قول كما تلخص في الموضعين المشار إليهما من كلامهما معًا رضي الله عنهما وأرضاهما ونفعنا ببركاتهما وحشرنا وإياهما في زمرة نبيه ومستقر رحمته .

تم الكتاب

والله الموفق للصواب ، والمسئول من الله النفع لي ولوالدي ولأحبائي ، وسائر المسلمين وأن لا يخيب سعينا ، ولا يضيع عملنا ، وأن يجعلنا من أهل العلم العاملين به ، وأن يختم أعمالنا بخير بمنه وكرمه .

ونختم الكتاب بما بدأنا به ، وهو حمد الله والصلاة على رسوله ، فنقول : الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله .

اللهم صل على محمد وعلى آل محمد كلما ذكره الذاكرون ، وكلما سها عنه الغافلون ، ورضي الله عن أصحابه أجمعين .

قال سيدنا ومولانا وشيخنا الإمام العلامة جمال الإسلام والمسلمين رحمه الله : وقد تنصب من تأليفي هذا من أوله إلى صلاة الخوف في مدة

---

(١) في أ : كلمة تشبه المجوسية .

آخرها أواخر سنة أربع وأربعين وسبعمائة ، ثم إلى كتاب الإقرار في مدة آخرها شهر رمضان سنة خمس وأربعين ، ثم إلى كتاب الوديعة في مدة آخرها أثناء تسع وأربعين وباقي الكتاب في مدة أواخرها قبيل الستين سنة سوى زيادات وقعت بعد ذلك اللهم انفع به واغفر لمؤلفه وأحبابه وارحمه رحمة واسعة وأحبابه ، واجعله من خيار أهل العلم ، واختم له بالخير ، وصلي الله على سيدنا محمد وآله ، والحمد لله رب العالمين .

هذا آخر كلام المصنف عفا الله عنه ، وتغمده برحمتك يا أرحم الراحمين ، وحسبنا الله ونعم الوكيل .




فهرس الموضوعات



فهرس موضوعات الجزء التاسع